

Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

*Este artículo se enfrenta a los problemas que plantean los artículos 77 y 84 de la Ley Concursal, y en particular, los derivados de la falta de simetría existente entre las reglas que determinan cómo se integra la masa activa en el concurso de uno de los cónyuges y las reglas que establecen la composición de su masa pasiva. Con este objetivo, procedemos al estudio de la sociedad de gananciales desde una perspectiva novedosa, esto es, la que nos ofrece la teoría de las organizaciones. La primera contribución de este trabajo consiste en poner de manifiesto que la sociedad de gananciales es una de las formas más simples de organización y que, como tal organización, genera un patrimonio separado cuyo valor principal es dar seguridad a los terceros acerca del cumplimiento de las obligaciones que contraen sus miembros. Desde esta visión de las cosas, la sociedad de gananciales se nos presenta como un fenómeno organizativo que convive con otros que nos resultan más conocidos, como son las personas jurídicas. Definir el patrimonio ganancial como un patrimonio separado nos permite, en segundo lugar, explicar por qué el cónyuge *in bonis* está legitimado a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado y por qué cualquier acreedor ganancial puede satisfacerse por delante de los acreedores privati-*

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación «Derecho Mercantil y Análisis Económico del Derecho IV» (SEJ 2005-07030/JURI) y «Análisis Económico del Derecho de Sociedades» (CCG-06-UA/HUM 0578), dirigidos por el profesor Cándido PAZ-ARES.

** Debo agradecer, en primer lugar, las consideraciones realizadas por los miembros de la comisión juzgadora de las pruebas de habilitación nacional para el cuerpo de profesores titulares de universidad, los profesores Gómez Segade, Font Galán, Martínez Sanz, Mercadal, Piloñeta, Portellano y Muñoz Paredes, y que, sin duda, han contribuido a enriquecer este trabajo. Tengo contraída una especial deuda de gratitud con el profesor Antonio Manuel Morales, cuya generosidad y paciencia han hecho posible la publicación de este artículo en el Anuario de Derecho Civil. Por fin, debo agradecer a los profesores Máximo Juan Pérez, Elena Rodríguez Pineau y Lis Paula San Miguel Pradera su disponibilidad para discutir sobre los papeles, así como sus valiosas reflexiones. Por desdoblado, sólo yo soy responsable de los errores.

vos del cónyuge concursado sobre este patrimonio separado. La tercera aportación de este trabajo consiste en solucionar, a la luz de estas consideraciones y por vía interpretativa, los problemas que plantea la asimetría existente entre los artículos 77 y 84 de la Ley Concursal y que afectan, de manera particular, a la satisfacción de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis. Aprovechando al máximo la eficacia explicativa que tiene calificar la sociedad de gananciales como una organización, el trabajo concluye despejando una de las incógnitas que el legislador concursal ha dejado en el aire, esto es, la relativa a la posibilidad de que la sociedad de gananciales sea declarada en concurso.

PALABRAS CLAVES

Sociedad de gananciales, organización, patrimonio separado, insolvencia, concurso de los cónyuges.

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Esquema de trabajo.—II. *La sociedad de gananciales como organización*: 1. A vueltas con la naturaleza del patrimonio ganancial. 2. Sobre el sentido de las organizaciones familiares. 3. Parte en la organización y preferencia entre los acreedores.—III. *Sociedad de gananciales y concurso de uno de los cónyuges*: 1. Introducción. 2. Declaración de concurso y disolución de la sociedad de gananciales. 3. La «preferencia» del cónyuge *in bonis*. 4. Crítica a la «preferencia» del cónyuge *in bonis*.—IV. *Patrimonio ganancial y masa activa del concurso*: 1. Patrimonios comunes y masa activa del concurso. 2. La integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. 3. El caso particular de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio.—V. *La masa pasiva del cónyuge concursado*: 1. Deudas privativas versus obligaciones gananciales. 2. Obligaciones gananciales y créditos concursales. 3. La satisfacción de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*.—VI. *La insolvencia de la sociedad de gananciales*: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La capacidad concursal de los patrimonios separados. 3. El argumento de derecho positivo. 4. La responsabilidad de los cónyuges frente al patrimonio ganancial insolvente.—VII. *Epílogo*.—VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

Al derecho concursal siempre le han preocupado los efectos que proyecta la insolvencia de unos de los cónyuges sobre el patrimonio ganancial. Ya en el Código de Comercio de 1885 se

estableció la necesidad de reintegrar a la mujer casada los bienes dotales, esto es, los bienes que la mujer aportaba al matrimonio para soportar las cargas de éste, así como los parafernales, es decir, los bienes propiedad de la mujer adquiridos por legado, herencia o donación y que sólo se entregaban al marido para que los administrara y percibiera sus frutos. A tales efectos, se consagraba a su favor un derecho de separación *ex iure dominii* (v. arts. 909.1 y 2 CCO 1885, que reproducían el contenido de los arts. 1114.1 y 2 CCO 1829)¹.

Como en otras muchas materias, también en ésta la Ley Concursal pone a disposición de los operadores jurídicos una regulación que pretende ser exhaustiva. Es innegable que estamos ante unas reglas que se ajustan mejor al régimen vigente de la sociedad de gananciales que las derogadas. Pero lo que tampoco nadie discute es que *esta regulación suscita importantes problemas*. En esencia, son tres las cuestiones que se plantean tras la lectura de las reglas que la componen. La primera tiene que ver con *la llamada preferencia del cónyuge no concursado o cónyuge in bonis*, que le legitima para satisfacerse por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado. Parece que el legislador habría tratado de eliminar ese «mejor derecho» del cónyuge no concursado frente a los acreedores del deudor insolvente. Y para ello habría sometido la liquidación del patrimonio ganancial al procedimiento, integrándolo en la masa activa del concurso en los términos previstos en el artículo 77.2 LC. Se obligaría así al cónyuge *in bonis* a percibir su cuota en concurrencia con el resto de los acreedores concursales del insolvente. En las siguientes páginas trataremos de explicar que ese mejor derecho no tiene su origen en una preferencia que pueda desconocerse en sede concursal. En rigor, *es el resultado de reconocer al cónyuge in bonis su derecho a recibir la cuota de liquidación cuando la organización en la que participa –esto es, la sociedad de gananciales–, se disuelve*. Se explica así que en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge *in bonis*, miembro de dicha organización, tenga un mejor derecho sobre el valor que reste tras satisfacer las obligaciones gananciales que los acreedores privativos del cónyuge insolvente.

La segunda cuestión es la que atañe propiamente a la *integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso*.

¹ Sobre qué debía entenderse por «bienes dotales» y «bienes parafernales», v. las esclarecedoras palabras de GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pp. 98-100. Un examen más reciente de esta materia, todavía a la luz del régimen de los Códigos, lo encontramos en FARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001, pp. 216 ss.

Como acabamos de señalar, en la solución diseñada por el legislador el patrimonio ganancial queda integrado en la masa activa del concurso *ex artículo 77.2 LC*. Por lo tanto, este conjunto de bienes quedaría a disposición de cualquier acreedor del cónyuge concursado, privativo o ganancial, para dar satisfacción a sus derechos de crédito. El problema que plantea esta solución es que desconoce una idea esencial, esto es, que *el patrimonio ganancial constituye un patrimonio separado del patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges*. Precisamente, esta separación limita la capacidad de agresión de los acreedores privativos sobre el patrimonio común. En concreto, tal y como veremos, las deudas privativas del cónyuge insolvente sólo podrán realizarse sobre el patrimonio ganancial cuando se hayan satisfecho las obligaciones gananciales y, en los casos de liquidación, cuando, además, se haya entregado al cónyuge *in bonis* la cuota correspondiente.

La tercera cuestión que se plantea está relacionada con la *satisfacción de los créditos dentro del procedimiento concursal*. Al quedar integrado el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso del cónyuge insolvente, una parte de las deudas que se tienen que hacer efectivas sobre el mismo –concretamente, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*–, se verían privadas de la posibilidad de satisfacerse sobre dicho patrimonio (art. 84.1 LC). Con esta solución, la Ley Concursal estaría restringiendo las opciones de cobro de parte de los acreedores por el hecho de haber contratado con el cónyuge «equivocado» –en este caso, el cónyuge *in bonis*–. Se traicionaría así su confianza en la existencia de un conjunto de bienes que habrían de quedar afectos a su satisfacción –el patrimonio ganancial–, y que les permitiría olvidarse de las vicisitudes que pudieran afectar al patrimonio personal del cónyuge con el que contrató.

A la vista está que las soluciones a las que conduce una aplicación literal de estos preceptos resultan incompatibles con una correcta comprensión de la sociedad de gananciales. En realidad, lo que esta regulación evidencia es una deficiente comprensión de la sociedad de gananciales, al menos, por parte del legislador concursal. Por ello, a lo largo de este trabajo trataremos de poner de manifiesto que *la sociedad de gananciales es una de las formas más simples de organización. Y como tal organización genera un patrimonio separado cuyo valor principal es dar seguridad a los terceros acerca del cumplimiento de las obligaciones que contraen sus miembros*. La sociedad de gananciales convive, así, con otros fenómenos organizativos que no nos resultan desconocidos, como

son las personas jurídicas. Que las personas jurídicas sean los ejemplos más destacados de organización y que hayan centrado el interés de nuestra doctrina no significa que sean los únicos. *De ahí que buena parte del valor de nuestro trabajo radique en llamar la atención sobre la existencia de otros fenómenos organizativos, menos sofisticados que las personas jurídicas, pero a los que es forzoso reconocer y tratar como tales.*

Desde esta aproximación a la sociedad de gananciales resulta más fácil corregir los efectos a los que conduce una aplicación literal de los artículos 77 y 84 LC. Y es que sólo en la medida en que comprendamos la eficacia de la separación patrimonial que pone en pie esta organización, estaremos en disposición de dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea, por una parte, la insolvencia de cualquiera de los miembros de la organización y, por otra, la insolvencia de la propia organización.

2. Esquema de trabajo

Para conseguir los objetivos que nos hemos marcado, debemos, antes que nada, examinar *la naturaleza patrimonio ganancial* (v. *infra* II). Veremos que, por un lado, éste es un patrimonio no personificado, pero que, por otro, constituye un patrimonio separado y afecto a un fin. Este patrimonio responde directamente de las llamadas obligaciones gananciales que, *ad intra*, se definirán bien como deudas de responsabilidad definitiva o bien como deudas de responsabilidad provisional. Pero además, veremos que el patrimonio ganancial responde de manera subsidiaria de las deudas privativas de cada uno de los cónyuges, lo cual resulta particularmente importante en caso de insolvencia de éstos.

A continuación *procederemos a establecer las consecuencias de definir el patrimonio ganancial como un patrimonio separado* (v. *infra* III). En concreto, vamos a tener ocasión de explicar por qué el cónyuge *in bonis* está legitimado a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado y por qué cualquier acreedor ganancial puede satisfacerse por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado sobre este patrimonio separado. *Inmediatamente después examinaremos críticamente la decisión de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento y trataremos de minimizar su incidencia en la separación patrimonial que acabamos de describir* (v. *infra* IV). Hecho esto, repasaremos las deudas que pueden

realizarse sobre ese patrimonio y, a la vista de lo dispuesto en el artículo 84.1 LC, *determinaremos la forma en que habrán de satisfacerse con cargo a esos bienes en función de que hayan sido contraídas por el cónyuge concursado o por el cónyuge in bonis* (v. *infra* V). Aprovechando al máximo la eficacia explicativa que tiene calificar el patrimonio ganancial como una organización, concluiremos despejando una de las incógnitas que el legislador ha dejado en el aire, esto es, la relativa a *la posibilidad de que la sociedad de gananciales sea declarada en concurso* (v. *infra* VI).

II. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO ORGANIZACIÓN

1. A vueltas con la naturaleza del patrimonio ganancial

Para entender de qué modo responde la sociedad de gananciales de las deudas que pesan sobre la misma, debemos antes *aclarar cuál la naturaleza de ese patrimonio común*. Esta cuestión, aparentemente pacífica, sigue suscitando alguna discusión entre los autores.

Lo primero que tenemos que decir es que, a pesar de su nombre —«sociedad de gananciales»—, no se trata de una auténtica sociedad, pues no supera el *test* establecido en el artículo 1665 CC. Como es sabido, para que podamos hablar de sociedad es imprescindible que concurren tres elementos: origen negocial, fin común y contribución de los miembros a dicho fin². Pues bien, en la llamada sociedad legal de gananciales no se manifiesta el primero de ellos. Difícilmente puede defenderse que hay origen negocial cuando el acuerdo de contribuir a un propósito común no deja espacio a los cónyuges para decidir de qué modo quieren contribuir a dicho fin³. En efecto, en la constitución de una sociedad la voluntariedad

² Por todos, v. PAZ-ARES, C., «Comentario del artículo 1665 CC», en DÍEZ-PICAZO L./BERCOVITZ/R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1219 ss., pp. 1313-1314, o *id.*, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 2006, pp. 469 ss., pp. 470-471.

³ Lo exponen claramente, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1665 CC*, II, p. 1300 o EIZAGUIRRE, J. M. DE, *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001, p. 6, donde señalan que las comunidades de derecho de familia no son sociedades, pues no tienen origen negocial o, si lo tienen, carecen de un fin concreto o limitado. El hecho de que se persiga un fin amplio, como es dar sustento patrimonial a una comunidad de vida, frente a los más «estrechos» de las sociedades particulares no impide que haya sociedad. Así lo pone de manifiesto, respecto de las sociedades universales, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1671 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1385 ss., p. 1385. Considera que no hay socie-

se refleja en la existencia de un negocio constitutivo o fundacional –i. e., el contrato de sociedad–, a través del cual las partes se comprometen a perseguir un fin común y para lograrlo se obligan a realizar una determinada contribución⁴. Sin embargo, esto no sucede en el caso de la sociedad de gananciales, pues los cónyuges no deciden libremente en qué medida contribuyen a dicho fin. Es el Código civil el que dispone qué bienes se hacen comunes para los cónyuges y cuáles restan en el patrimonio personal de cada uno de ellos (v. arts. 1346-1361 CC). Esto es tanto como decir que una vez que los cónyuges optan, expresa o tácitamente, por la ganancialidad es la ley la que determina qué se aporta al consorcio⁵.

En contraste, en un fenómeno societario comparable a la sociedad de gananciales, como pueda ser la sociedad universal de ganancias, son los propios socios los que determinan el contenido de su aportación (p. ej., limitándola al rendimiento que generen sus bienes existentes al tiempo de la celebración del contrato o ampliándola a los frutos que generen los bienes que puedan obtener en el futuro)⁶. Y lo mismo ocurre en el caso de la sociedad universal de bienes, donde los socios deciden si sólo sus bienes presentes son aportados a la sociedad, o si, por el contrario, se aportan también los bienes futuros; si sólo se hacen comunes las ganancias que generan sus bienes presentes o si, por el contrario, se hacen también comunes cualesquiera otras ganancias⁷.

dad, pues la llamada sociedad de gananciales es la consecuencia legal del matrimonio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1344 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 632 ss., pp. 632-633. Recientemente, insiste en la falta de voluntariedad en la contribución al fin común CUENA CASAS, M., *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, 2008, pp. 78-79. En contra, considera que es una sociedad civil universal de ganancias MAGARIÑOS BLANCO, V., «El concurso y la sociedad de gananciales», *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2053 ss., p. 2053.

⁴ Que el consentimiento se proyecta necesariamente sobre el fin común y las aportaciones, lo pone de manifiesto PAZ-ARES, *Comentario artículo 1665 CC*, II, p. 1321.

⁵ Ya en los antecedentes históricos se encuentran argumentos similares. Particularmente significativas son las consideraciones de SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el Código civil é historia general de la legislación española*, t. V, vol. 1.º (Derecho de familia), 2.ª edición, Madrid, 1898, pp. 815-816 y 834.

⁶ Señalan la proximidad existente entre ambas figuras, LACRUZ BERDEJO, L./SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, fasc. 2.º (edición experimental), Barcelona, 1982, p. 401, así como PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1675 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1390 ss., p. 1391. Sobre la posibilidad de incluir este tipo de acuerdos en una sociedad de ganancias, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1675 CC*, II, p. 1390.

⁷ Sobre la posibilidad de constituir una sociedad universal con todos los bienes presentes y futuros de los socios, v. PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1672 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1386 ss., pp. 1386-1387. Sobre la disponibilidad de las ganancias que se hacen comunes, de nuevo, v. PAZ-ARES, C., «Comentario a los artículos 1673 y 1674 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR

En definitiva, *a diferencia de lo que sucede en una auténtica sociedad, en la sociedad de gananciales no hay acuerdo de voluntades acerca de qué aportar para conseguir el fin común que las partes se han propuesto*. Es el legislador quien lo determina. Si los cónyuges quieren ampliar o reducir el contenido del mismo, tendrán que poner en pie algo distinto a una sociedad de gananciales (p. ej., una sociedad universal)⁸.

Sentado lo anterior, en el plano patrimonial, los autores ha reconocido en la sociedad de gananciales cierta similitud con las sociedades externas o personificadas⁹. Hasta tal punto es así, que el antiguo artículo 1395 CC disponía que «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo»¹⁰. Sin embargo, *la sociedad de gananciales no es una sociedad externa*. La sociedad de gananciales comparte con estas sociedades uno de los efectos característicos de la personalidad jurídica, esto es, *la creación de un patrimonio unificado ad extra, y por lo tanto, de un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los socios*. Sin embargo, le falta el segundo efecto de la personificación, a saber, el de unificar al grupo atribuyéndole capacidad de actuar unitariamente¹¹. En realidad, *este patrimonio separado que pone en pie la sociedad de gananciales se configura desde la perspectiva patrimonial-real como una comunidad en mano común (Gesamthand)*¹².

CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1387 ss., p. 1388.

⁸ Señala utilidad de esta sociedad para dotar de estructura patrimonial a las comunidades de vida al margen de la sociedad de gananciales, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1672 CC*, II, p. 1386.

⁹ MIQUEL, J. M., voz «comunidad de bienes», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 1314 ss., p. 1315, considera que en el caso del patrimonio consorcial hay algo más que una comunidad en mano común; hay una sociedad, aunque de origen legal. PANTALEÓN, F., «Asociación y sociedad», *ADC*, 1993, XLVI, pp. 5 ss., p. 56, concluye su trabajo preguntándose si la sociedad de gananciales, en tanto comunidad germánica con relaciones externas, no será una verdadera sociedad personificada.

¹⁰ Critican, acertadamente, su supresión LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 401. La proximidad existente entre ambos fenómenos es la que lleva a PAZ-ARES, *Comentario artículo 1675 CC*, II, p. 1391, a seguir entendiendo subsidiariamente aplicable a la sociedad de gananciales la disciplina societaria.

¹¹ Sobre el contenido de la personalidad jurídica, v. PAZ-ARES, *Curso*, I², p. 484.

¹² Así, por ejemplo, v. LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, pp. 399-401; PEÑA, *Comentario artículo 1344 CC*, II, pp. 633-634; VILA RIBAS, C., voz «gananciales», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, 1995, pp. 3226 ss., p. 3227, o GONDRA, J. M., «Régimen de la "empresa conyugal": sociedad de derecho mercantil, sociedad de derecho de familia», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, v. I, Madrid, 2002, pp. 245 ss., pp. 252-253 y 257, nota 22, aunque considera que también la sociedad colectiva es una mano común. En contra de esta visión de la sociedad de gananciales GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2004, pp. 4683 ss., *passim*. Entiende que la sociedad de

No es este el momento de detenernos en el estudio de la comunidad en mano común¹³. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que algunos autores han criticado la elasticidad de la categoría, que privaría de precisión a una definición de la sociedad de gananciales como tal comunidad¹⁴. En lo que a nosotros nos interesa, nos basta con adoptar una comprensión de la *comunidad en mano común en sentido patrimonial-real*. Esto significa que, como patrimonio separado del patrimonio de los cónyuges, no se puede disponer aisladamente de partes o cuotas del mismo y no hay acción de división¹⁵. En esta comprensión de la mano común están ausentes problemas relativos a la personificación que para las sociedades personalistas alemanas plantea este concepto y que ha llevado a algún autor a calificarlo de *Mysterienspiel*¹⁶.

Afirmar que la sociedad de gananciales pone en pie un patrimonio separado no es, en absoluto, irrelevante. Precisamente, *en la medida en que genera dicha separación patrimonial, la sociedad de gananciales constituye una organización*¹⁷. *Las organizaciones son herramientas que proporciona el ordenamiento jurídico y que permiten crear patrimonios separados con el fin de asignar a los acreedores un conjunto de derechos que no podrían establecerse de otro modo*. La separación patrimonial –y ésta es la idea clave que está detrás de toda organización–, garantiza que los acreedores de la organización no concurrirán con los acreedores personales de sus miembros (*affirmative asset partitioning*). Esto se traduce en una *preferencia de cobro frente a los acreedores privativos de sus miembros*¹⁸. Esta separación patrimonial puede presentar distintos grados de intensidad. La intensidad máxima la encontramos en

gananciales no pone en pie un patrimonio independiente, BLANQUER UBEROS, R., «Estudios sobre el nuevo derecho de familia», *AAMN*, t. XXV, 1982, pp. 45 ss., pp. 140-141. Sin embargo, recientemente, v. CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 88 y 94-95.

¹³ Para una caracterización, v. por todos, GIRÓN J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pp. 169-170, y MIQUEL, J. M., «Comentario al artículo 392 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. V, vol. 2.º (arts. 392-429 CC y LPH), Madrid, 1985, pp. 4 ss., en particular, pp. 15-17.

¹⁴ MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V. 2.º, pp. 18-19; LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 400.

¹⁵ DE EIZAGUIRRE, J. M., «La subjetivación de las sociedades de personas», *RdS*, núm. 14, 2000, pp. 85 ss., pp. 90-92, ofrece al lector una esclarecedora síntesis de la evolución que ha experimentado el concepto de la mano común en la doctrina alemana, que nos permite dibujar con más precisión los contornos de este concepto. Para MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V 2.º, pp. 16-17, éstas son las notas que se predicán de la comunidad en mano común con ma or frecuencia.

¹⁶ WEBER-GRELLET, H., «Die Gesamthand –ein Mysterienspiel?», *AcP*, núm. 182, 1982, pp. 316 ss.

¹⁷ En este punto, es obligada la cita de HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «The Essential Role of Organizational Law», *Yale L. J.*, vol. 110, 2000-2001, pp. 389 ss., pp. 397-398 y nota núm. 16 en esas páginas.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 390, 393-394. Estas ideas se reiteran en HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «What is Corporate Law?», en AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford-Nueva York, 2004, pp. 1 ss., pp. 7-8. Entre nosotros, ya GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, p. 173, señalaba que la preferencia de los acreedores

aquellas organizaciones en las que los acreedores particulares de los miembros no pueden satisfacerse sobre los bienes de la organización, pues los acreedores de la organización tienen un derecho de exclusiva sobre éstos. La intensidad mínima se manifiesta en aquellas otras organizaciones en las que los acreedores de los miembros insolventes pueden agredir el patrimonio de la organización, forzando para ello su disolución. De este modo, podrán embargar la parte correspondiente a cada miembro una vez satisfechos los acreedores de la organización (*priority without liquidation protection*). La separación patrimonial se manifiesta con una intensidad media en las organizaciones en las que los acreedores privativos de los miembros pueden agredir el patrimonio de la organización para cobrarse, pero no están legitimados para forzar su disolución; a lo sumo podrán colocarse en la posición del miembro deudor y disfrutar de los derechos que le correspondan (*priority with liquidation protection*)¹⁹.

No constituye un elemento esencial de una organización la limitación del poder de los acreedores de la organización para agredir el patrimonio particular de sus miembros (*deffensive asset partitioning*). Su manifestación más intensa es la limitación de responsabilidad, pero existen otras más moderadas (p. ej., la subordinación de los acreedores de la organización al pago de los acreedores privativos de los miembros). A pesar de ser ésta una característica que, en sus distintas manifestaciones, se encuentra en las organizaciones más conocidas, su valor es secundario en la definición de una organización, pues sólo está presente en algunas de ellas²⁰.

*El interés de crear patrimonios separados a través de las organizaciones reside en hacer posible un aprovechamiento particular de éstos*²¹. Por una parte, al crear un patrimonio separado, se proporciona a los acreedores la certeza de que existe un conjunto de bienes que queda fuera del alcance de los acreedores privativos de sus miembros. Esa certeza les facilita la determinación de sus expectativas de cobro (a fin de cuentas, los acreedores de la organización pueden anticipar que cobrarán por delante de los acreedores privativos de los miembros). Que los acreedores puedan establecer con cierta precisión sus expectativas de cobro mejora la capacidad

de la sociedad frente a los acreedores privativos de los socios es una secuela de la separación patrimonial. En la misma línea, DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 71.

¹⁹ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 394-395, señalan, además, que la *priority with liquidation protection* es la modalidad de separación que adoptan las *business corporations*, las *cooperative corporations*, las *limited liability companies* y los *limited partners* de una *limited partnership*.

²⁰ *Ibid.*, pp. 390, 393-396.

²¹ Entre nosotros, avanza esta idea para los *trust* VIRGÓS, M., *El trust y el derecho español*, Madrid, 2006, pp. 22-24.

de la organización de obtener crédito²². Por otra parte, *la separación patrimonial reduce el coste de vigilar al deudor* (monitoring costs) y, *con ello, el coste de la financiación*. En efecto, los acreedores de la organización no tendrán que vigilar las actividades o los negocios de los miembros, ni estar pendientes de circunstancias imprevistas que puedan mermar sus patrimonios particulares y, con ello, reducir sus expectativas de cobro. Sólo tendrán que concentrar sus esfuerzos y habilidades en vigilar las vicisitudes que puedan afectar al patrimonio de la organización. La prima de riesgo se calculará, entonces, tomando en cuenta tan sólo estas circunstancias (y no otras que pueden encarecer la financiación)²³.

2. Sobre el sentido de las organizaciones familiares

La pregunta que se nos viene de inmediato a la cabeza es *qué sentido tiene crear una organización en el ámbito familiar*. En esencia, son dos las razones que justifican la solución: unificar los intereses de los cónyuges [v. *infra a*]; y facilitar a los cónyuges la obtención de los recursos necesarios para sostener esa comunidad de vida, o si se prefiere, esa unidad familiar [v. *infra b*].

a) Como avanzábamos, a través de la sociedad de gananciales se *unifican los intereses de los cónyuges*. Así, el interés común, —en este caso, el sostenimiento de una comunidad de vida—, se sobrepone al interés particular de cada uno de ellos. Es la existencia de dicho interés común la que justifica la creación de un patrimonio separado, pues *a través de la sociedad de gananciales se afecta un conjunto de bienes a la consecución de ese fin*²⁴. La sociedad de gananciales disfruta, así, de un sustrato patrimonial del que los cónyuges no pueden disponer a su antojo ya que está afecto a realización de dicho fin. Es más, dada la relevancia del vínculo personal en la sociedad de gananciales, la indisponibilidad del patrimonio separado impide introducir cambios en los elementos personales de la organización²⁵. Formulado de otro modo, la subsistencia de este patrimonio separado está ligada al mantenimiento del elemento personal. Cuando, por cualquier razón se altere su base subjeti-

²² HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 401-403.

²³ *Ibid.*, pp. 399-401.

²⁴ MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V., 2.º, p. 19, insiste en que es la sociedad de gananciales la causa de comunicación de los bienes de los cónyuges que forman el patrimonio separado.

²⁵ WEBER-GRELLET, *AcP*, 182 (1982), pp. 326-327. Entre nosotros, por todos, LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 400, quienes apuntan que la condición de comunero es inseparable de aquella de cónyuge.

va, los cónyuges estarán legitimados para disolver la organización (v. *infra* II.2).

b) En segundo lugar, *al consolidar un patrimonio separado, la sociedad de gananciales facilita la obtención de los recursos necesarios para el desarrollo de esa comunidad de vida*. En efecto, tal y como hemos señalado, al ponerse en pie un patrimonio separado que queda afecto al pago preferente de las deudas de la organización —en este caso, las obligaciones gananciales—, los acreedores podrán determinar con mayor precisión sus expectativas de cobro (v. *supra* 1). Asimismo, la existencia de un patrimonio separado afecto al pago preferente de estos créditos evita que los acreedores tengan que invertir recursos en vigilar la evolución del patrimonio privativo de los cónyuges para salvaguardarse de vicisitudes imprevistas que les pudieran afectar —p.ej., de la responsabilidad extracontractual privativa; de las obligaciones contractuales privativas que contraiga, etc.— (v. *supra* 1). No es, entonces, de extrañar que estos acreedores estén en mejor disposición de ofrecer financiación para dichas actividades o para hacerlo en mejores condiciones. Podemos, así, afirmar que *la organización que pone en pie la sociedad de gananciales permite reducir los costes de contratar con una unidad familiar*²⁶. Esto es, en definitiva, lo que intuían los profesores Lacruz y Sancho cuando afirmaban que «el conyugal se presenta como un patrimonio que tiene, a través de sus titulares, “capacidad de ganar”»²⁷.

En la otra cara de la moneda, y a diferencia de lo que sucede en otras organizaciones, la sociedad de gananciales *no sirve para limitar la responsabilidad patrimonial de los cónyuges por el endeudamiento del consorcio familiar*. En caso de que no haya bienes suficientes en el patrimonio ganancial con los que satisfacer las deudas que pesan sobre el mismo, éstas habrán de realizarse sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor. Estos acreedores se satisfarán, entonces, en concurrencia con los acreedores privativos de ese cónyuge. No hay, pues, *deffensive asset partitioning*²⁸.

Queda, entonces, claro que *a través de la sociedad de gananciales se afectan unos bienes a un objetivo común creando un patrimonio separado*. Es, precisamente, la existencia de este patrimonio separado la que explica que los cónyuges de la sociedad de

²⁶ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 399-400. Partiendo de esta literatura, entre nosotros y respecto de las personas jurídicas, ha insistido en este valor, SÁEZ LACAVE, M. I., «Organizaciones y concurso», *RcP*, núm. 2, 2005, pp. 179 ss., pp. 183-184.

²⁷ LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 401.

²⁸ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 395-396.

gananciales sólo respondan provisionalmente con sus bienes privativos de buena parte de las obligaciones gananciales, esto es, de las cargas o deudas de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales (v. arts. 1319 II CC, 1362, 1363 y 1366 CC)²⁹. Ciertamente, se podría pensar que esta responsabilidad es análoga a la de los socios de una sociedad civil o en una colectiva, en las que responden subsidiaria y provisionalmente de las deudas de la sociedad (v. art. 1698 CC, así como arts. 127 y 237 CCO)³⁰. Pero, *inmediatamente hemos de precisar que estas responsabilidades se configuran de manera un tanto diferente*. Ya hemos indicado que la falta de personificación del patrimonio ganancial impide que la sociedad de gananciales actúe en el tráfico como un grupo unificado (v. *supra* 1). Esto significa que los cónyuges pueden obligar con sus actuaciones al patrimonio ganancial pero, dada la configuración de esta organización, no habrá grupo que resulte obligado. Entonces, *cuando los cónyuges actúen en virtud de su capacidad de obligar al patrimonio ganancial obligarán, efectivamente, a este conjunto de bienes, pero obligarán a la vez a su patrimonio privativo en la medida en que fueron ellos quienes actuaron en el tráfico*. De hecho, ambos patrimonios responderán *ad extra* al mismo nivel, pudiendo los acreedores gananciales elegir entre satisfacerse con cargo al patrimonio ganancial o al privativo (art. 1369 CC)³¹. *La situación es distinta en el caso de la sociedad civil o de la sociedad colectiva*. La personalidad jurídica permite descargar en el grupo el endeudamiento contraído por los socios y, por ese motivo, *los socios no responden por deuda propia del endeudamiento social*. Conceptualmente, las deudas de la sociedad se mantienen separadas de las deudas del socio resultantes de una responsabilidad *ex lege* por el endeudamiento social y los acreedores de la sociedad sólo pueden proceder frente a ellos previa reclamación infructuosa a la deudora

²⁹ Esto es lo que GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª edición (a cargo de F. Sánchez Calero), Madrid, 1983, p. 513, denominaba para el concurso de la herencia «beneficio del inventario». Más concretamente, indica que esta protección se hace efectiva en sede de sociedad colectiva evitando la ejecución de los bienes de los socios hasta que no se haya hecho excusión del patrimonio social, *ibid.*, p. 510.

³⁰ Respecto de la sociedad civil, v. PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1698 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1481 ss., pp. 1482-1483; no obstante, a falta de norma expresa, la considera directa DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, pp. 140-141. Respecto de la sociedad colectiva, por todos, v. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, pp. 522-526; PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: representación y responsabilidades», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 2006, pp. 659 ss., pp. 670-675; DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, pp. 182-184.

³¹ En determinados casos, responderá incluso subsidiariamente el patrimonio del cónyuge no deudor (v. art. 1319 II CC, en relación con los artículos 1362 y 1365 CC). Por todos, HERRERO GARCÍA, M. J., «Comentario al artículo 1319 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 583 ss., pp. 585-586.

(subsidiariedad simple; v. art. 1698 CC, respecto de la sociedad civil), o tras haber acreditado la insuficiencia patrimonial de ésta (subsidiariedad cualificada; v. arts. 127 y 237 CCO, respecto de la sociedad colectiva)³².

3. Parte en la organización y preferencia entre acreedores

De todo lo expuesto hasta ahora se desprende una idea clara: *establecer un patrimonio separado tiene como consecuencia necesaria limitar las posibilidades de agresión de los acreedores privativos de los miembros de la organización*. Así sucede en la sociedad civil y en la colectiva, en las que los acreedores privativos de cada uno de los socios no pueden dirigirse directamente a la sociedad para satisfacer los derechos de crédito que ostentan frente al socio deudor (para la sociedad civil, v. art. 1699, primer inciso; para la sociedad colectiva, v. art. 174 I CCO, implícitamente)³³. Y nada distinto ocurre en la sociedad de gananciales: mientras existan bienes suficientes en el patrimonio privativo del cónyuge deudor los acreedores privativos deberán dirigir sus acciones frente a éste. Recuérdese que el artículo 1373 CC dispone que: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias...».

Sin embargo, no debemos olvidar que *en esos patrimonios separados se encuentra integrado un valor que corresponde a cada uno de los miembros de la organización*. Esta es la cuota en la liquidación de cada cónyuge, en el caso de la sociedad de gananciales, y la parte o participación de cada socio en la sociedad, en el caso de las sociedades colectiva o civil. Pues bien, *estas cuotas de cónyuge y partes de socio sí que se encuentran afectas a responsabilidad patrimonial universal de cada uno de los miembros* (v. art. 1373 I CC, para la sociedad de gananciales; art. 1669, segundo inciso CC, para la sociedad civil; y artículo 174 CCO, para la sociedad colectiva). Éstas constituyen un valor que corresponde al deudor y que sus acreedores particulares o privativos deberán poder agredir para cobrarse.

³² Pone de manifiesto el efecto de la personificación en la configuración de la responsabilidad del socio, PAZ-ARES, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, pp. 139-150, y *Curso*, II², pp. 676-683. Precisa el alcance de la subsidiariedad en la responsabilidad del socio colectivo respecto del socio de la sociedad civil, *id.*, *La responsabilidad*, 98-109, y *Comentario artículo 1698 CC*, II, p. 1483.

³³ Así, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1699 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1485 ss., pp. 1485-1486. Respecto de la sociedad colectiva, DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 71, considera que el artículo 174 CCO establece la preferencia de los acreedores sociales frente a los acreedores privativos de cada uno de los socios.

Dicho esto, hay que reconocer que existe una importante diferencia entre la parte de socio en una sociedad externa (p. ej., una sociedad colectiva) y las cuotas de los cónyuges en la sociedad de gananciales. En el caso de la sociedad colectiva, *la parte de socio existe desde el momento de la constitución de la sociedad y, desde ese mismo instante, se integra en su patrimonio como un valor más*. Se entiende, entonces, que los acreedores particulares de los socios la puedan embargar directamente para hacer efectiva su responsabilidad patrimonial (v. art. 174 CCO). Este dato explica también que no sea necesario disolver la sociedad para desgajar ese valor del fondo patrimonial común (v. art. 222 CCO). En contraste, *la sociedad de gananciales no se organiza en cuotas transmisibles*. Los cónyuges no pueden disponer aisladamente de cuotas en el fondo patrimonial, ni sus acreedores privativos embargarlas. *Para poder embargar el valor correspondiente al cónyuge deudor en ese fondo patrimonial resulta, entonces, indispensable disolver la organización*. Y quien decide acerca de esa disolución es el cónyuge *in bonis* (art. 1373 I CC).

El caso de la sociedad civil es particular, pues a pesar de ser una sociedad externa en nuestro ordenamiento jurídico, se sujetaría, en principio, a un régimen más parecido al existente para el patrimonio ganancial. En efecto, a primera vista parecería que lo que embargaría un acreedor privativo de un socio no sería la parte del socio propiamente dicha, sino la cuota del socio en el fondo o patrimonio social (art. 1699 CC)³⁴. Sin embargo, esta consideración no es exacta. Desde el momento en que se pone en pie una sociedad externa ya no es posible hablar de una cuota del socio en el fondo de la sociedad. Más bien, *debemos hablar de parte de socio, esto es, de un «derecho valor que representa todos los derechos patrimoniales del socio»* (básica, pero no exclusivamente, derecho al beneficio y a la cuota de liquidación)³⁵. Pues bien, *al igual que sucede en una sociedad colectiva, también en la sociedad civil esa parte de socio quedará integrada en su patrimonio particular desde el momento en que se constituye la sociedad* (art. 1699, *in fine* CC). Serán, entonces, los elementos dotados de contenido patrimonial de esa parte –y no sólo la cuota en el fondo patrimonial social–, los que los acreedores particulares del socio podrán embargar. *Cuestión distinta es que la falta de liquidez de*

³⁴ Por ejemplo, v. CAPILLA, F., «Comentario al artículo 1699 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 1 (arts. 1664 a 1708 CC), Madrid, 1986, pp. 560 ss., pp. 564-565, afirma que su autonomía patrimonial es relativa porque los acreedores particulares de los socios pueden hacer que se extinga el patrimonio social, para extraer de éste el valor que corresponde al socio. También BLANQUER, AAMN, XXV (1982), pp. 93-94, quien señala que, al igual que en el caso de los gananciales, no cabe agresión legítima sobre el patrimonio social si no es mediante la disolución de la sociedad civil.

³⁵ PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, pp. 1487-1488.

*esa parte de socio dificulte sobremanera su enajenabilidad (i. e., porque no genere una corriente suficiente de beneficios con los que cobrarse; o porque los socios no consientan la transmisión a un tercero y, en ese caso, la parte de socio no resulta enajenable ex artículo 1696 CC; o porque consentida ésta, no haya un tercero dispuesto a comprarla). Entonces el acreedor puede forzar la disolución de la sociedad para que se liquiden sus activos y hacer, así, efectivo su crédito sobre la cuota de liquidación que resulte (v. art. 1700.3 CC, en lo referente al embargo). Como se puede apreciar, en la sociedad civil la disolución no resulta de la necesidad de determinar el valor que correspondiese al socio en el patrimonio social; resulta, más bien, de las dificultades que pueden plantearse en la ejecución del embargo*³⁶. No obstante, para evitar dicha disolución, los socios siempre podrán consentir que se adjudique en pago la parte del socio deudor al acreedor, u ofrecer el pago de la deuda, adquiriendo la sociedad una parte de socio que habrá de acrecer al resto de los consocios. Éstos podrán, incluso, incluir en el contrato de sociedad una cláusula de exclusión del socio deudor que limite los efectos de la disolución a su parte³⁷.

En definitiva, *la preferencia de los acreedores de la organización sobre los acreedores particulares de los miembros se hace efectiva impidiendo que éstos puedan satisfacerse sobre el patrimonio separado por delante de los acreedores de la organización*. Ahora bien, eso no impide que concreten su embargo en la parte o cuota del deudor en la organización que, a fin de cuentas, es un valor que pertenece al patrimonio del deudor.

En el caso de la sociedad de gananciales, la separación patrimonial podría quedar en entredicho en la medida en que el artículo 1373 II CC reconoce a los acreedores privativos de los cónyuges la posibilidad de embargar directamente el patrimonio ganancial. En concreto, esto sucederá cuando el cónyuge no deudor no pida que el embargo se limite a la cuota en los gananciales del deudor³⁸. Sin embargo, que esto sea así no significa que no haya separación entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges. Ciertamente, *si hay liquidación del patrimonio ganancial, las obligaciones gananciales se satisfarán por delante de las deudas privativas de los cónyuges, que verán limitado su poder de agresión a la cuota que corresponda al cónyuge deudor*, tal y como disponen los artículos 1401, 1402 CC, en relación con los artículos 1034 y 1082

³⁶ Con toda claridad, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, p. 1488.

³⁷ Sobre estas cuestiones, v. PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, p. 1488, y DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 147.

³⁸ Por todos, v. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1373 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVTIZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 705 ss., p. 705. Esto es lo que GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 513, denominaba «beneficio de separación» para la herencia. Respecto de la sociedad colectiva, *ibid.*, p. 510.

CC³⁹. Pero, también, cuando no hay liquidación y no se puede limitar el poder de agresión de los acreedores privativos a la cuota del cónyuge deudor, las obligaciones de la organización tienen preferencia en el cobro sobre el patrimonio ganancial. En efecto, tal y como entiende la doctrina más autorizada, la preferencia consagrada en los artículos 1401 ó 1034 CC es un reflejo de la separación existente entre estos patrimonios y, por lo tanto, no puede quedar limitada a los supuestos de liquidación de la masa ganancial⁴⁰.

Hechas estas aclaraciones, no nos resistimos a realizar alguna observación sobre la desaparición del artículo 927 CCO a resultas de lo previsto en la disposición derogatoria única 3.3.^a LC⁴¹. Aunque en sede de quiebra, este precepto era el equivalente funcional para la sociedad colectiva de la preferencia reconocida en el artículo 1699, inciso primero, CC, para la sociedad civil⁴². Si el codificador eligió el libro IV del Código de Comercio, dedicado a la insolvencia del comerciante, para ubicar esta regla fue porque al ser insuficiente el patrimonio de la sociedad se hacía más acuciante recordar la preferencia de sus acreedores sobre los acreedores particulares de los socios. De ellos se decía que sólo podrían cobrar, después de satisfechas las deudas sociales, sobre el remanente, si lo hubiere (art. 927 II CCO). Y ello, a diferencia de los acreedores de la sociedad, que sí podían realizar sus créditos sobre los bienes de los socios en concurrencia *pari gradu* con sus acreedores particulares⁴³. En definitiva, lo que el artículo 927 CCO trataba de poner en claro es que mientras que los acreedores de la sociedad podían pretender cobrarse tanto en la quiebra de la sociedad, como en la quiebra de cada uno de los socios producida por extensión –v. el derogado art. 923 CCO–, los acreedores de cada uno de los socios –y más concretamente, los posteriores–, sólo podrían cobrarse en la quiebra de la sociedad una vez satisfechos los acreedores societarios, esto es, sobre la cuota de liquidación correspondiente al socio deudor y respetando entre ellos el orden general de prelación⁴⁴.

³⁹ En el caso de la sociedad de gananciales, v. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los artículos 1401 y 1402 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 786 ss., pp. 786-788.

⁴⁰ PEÑA, Comentario artículo 1373 CC, II, p. 706, y Comentario artículos 1401 y 1402 CC, II, p. 787.

⁴¹ En el derecho anterior, criticaba esta regla VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Aspectos concursales en la sociedad irregular», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Madrid, 1995, pp. 3643 ss., pp. 3659-3661. Proponía su supresión GARRIGUES, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 442-444, quien, aunque reconocía que la existencia de un patrimonio separado daba lugar a una suerte de preferencia (p. 442), encontraba su fundamento en la «protección y fomento del crédito mercantil», razón por la cual, debería ser eliminada (pp. 443-444).

⁴² GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, p. 274.

⁴³ En estos términos, v. GARRIGUES, *Curso*, II ⁸, p. 510.

⁴⁴ Sin embargo, GOZALO LÓPEZ, V., *La quiebra por extensión*, Madrid, 2001, pp. 403-404, sostiene que este precepto introduce un sistema de graduación de los créditos diferente al propio del comerciante individual, ya que los ordena no en atención a su natu-

Ciertamente, ni su ubicación, ni la distinción entre acreedores anteriores y posteriores, eran ya las más oportunas⁴⁵. Por ello, no hubiera estado de más que el legislador hubiera aprovechado la ocasión para armonizar su redacción con lo dispuesto respecto de la sociedad civil y para reubicarla en una sede más acorde con su contenido (p. ej., como apartado primero del art. 174 CCO). Sin embargo, su ubicación en sede de quiebra ha precipitado su desaparición al quedar derogado todo el régimen concursal codificado del que sólo formaba parte de manera formal.

Dicho esto, *la supresión de este precepto no puede ser vista como una actuación intencionada del legislador tendente a eliminar un privilegio injustificado*. Y es que si se hubiera querido eliminar dicha preferencia, también tendría que haber sido eliminado su equivalente para la sociedad civil o, incluso, el propio artículo 174 CCO, afectando irremediabilmente a la configuración de estos tipos societarios como organizaciones, cosa que no ha sucedido. Entonces, la supresión del artículo 927 CCO no puede desactivar una consecuencia que es propia de la separación patrimonial y, por ende, de la existencia de una organización. La preferencia de los acreedores de la sociedad colectiva frente a los acreedores privativos de los socios subsiste como resultado de la separación existente entre las distintas masas patrimoniales⁴⁶. Y así lo revelan otros preceptos (v. arts. 174 CCO y 1699 CC).

III. SOCIEDAD DE GANANCIALES Y CONCURSO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

1. Introducción

Acabamos de ver de qué forma la sociedad de gananciales pone en pie una organización que separa del patrimonio de los cónyuges un conjunto de bienes y los afecta a un fin común. Ahora podemos abordar con mayor claridad de ideas las cuestiones que plantea la

raleza, sino a su fecha. Asimismo, *ibid.*, pp. 404-407, considera que la mención «salva siempre la preferencia...» permitiría que los acreedores privilegiados e hipotecarios se realizaran junto a los acreedores sociales. No podemos compartir esta consideración. Dejando al margen la cuestión de la fecha, como hemos indicado en texto, esta mención sólo estaría ordenando la satisfacción de los acreedores privativos de los socios posteriores a la constitución de la sociedad conforme a las reglas generales de prelación.

⁴⁵ Respecto del sentido de distinguir entre acreedores anteriores y posteriores, v. GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 510.

⁴⁶ Consideran estas reglas un mero corolario de la separación patrimonial que impone su personificación GIRÓN, *Derecho mercantil*, pp. 173-174, aunque atribuyendo la separación patrimonial a la existencia de una «comunidad funcional» o PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, pp. 1485-1486.

insolvencia de cualquiera de los miembros de esta organización. Éstas son básicamente dos: la primera *de qué modo afecta el concurso de uno de ellos a la sociedad de gananciales*; y la segunda, *cómo han de satisfacerse las obligaciones gananciales cuando uno de ellos ha sido declarado en concurso*. El legislador ha tratado de dar una respuesta a estos problemas en los artículos 77.2 y 84.2 LC, decantándose, por una parte, *por integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso cuando haya de responder de las obligaciones del concursado, con independencia que se produzca o no su disolución*; y, por otra, *por ordenar la satisfacción como créditos concursales sólo de aquellos créditos de los que sea deudor el cónyuge concursado*. En los apartados siguientes vamos a analizar el sentido de integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso (v. *infra* IV). Pero para entender los problemas que plantea esta solución, es necesario detenerse a examinar con carácter previo dos cuestiones: la primera; qué consecuencias tiene la declaración de concurso de uno de los cónyuges para la subsistencia sociedad de gananciales (v. *infra* 2); y la segunda, en qué consiste la llamada «preferencia» del cónyuge *in bonis*, considerada injustificada por algunos autores (v. *infra* 3 y 4). Una vez hecho esto, examinaremos qué créditos están legitimados para realizarse sobre estos bienes incluidos dentro del concurso (v. *infra* V).

2. Declaración de concurso y disolución de la sociedad de gananciales

Tras la reforma concursal, a resultas de la declaración de concurso de uno de los cónyuges el patrimonio ganancial queda integrado en su masa activa, pues éste ha de responder del endeudamiento contraído por el insolvente. El cónyuge *in bonis* queda, entonces, legitimado para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales *ex* artículo 77.2 LC, segundo inciso. Esta solución no es muy distinta de la que se consagra en el ámbito extraconcursal, cuando los acreedores privativos de uno de los cónyuges traban embargo sobre los bienes gananciales. Y es que *incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso para hacerlo responder de las deudas privativas del cónyuge concursado no es un fenómeno muy distinto de embargar los bienes gananciales*. Como es sabido, en este caso, el cónyuge no deudor puede pedir la disolución del consorcio y exigir «que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que el cónyuge deudor ostente en la sociedad conyugal» (art. 1373 I CC). Pues bien, cuando, a causa del

concurso, el «embargo» se extiende a la totalidad del patrimonio ganancial y queda incluido en su masa activa, es razonable que se reproduzca en esta sede la facultad que fuera del mismo establece el artículo 1373 I CC⁴⁷. En este sentido, puede afirmarse que la regla contenida en *el segundo inciso del artículo 77.2 LC es una norma narrativa que reproduce en el concurso las consecuencias que desencadena la agresión del patrimonio común por los acreedores privativos del cónyuge concursado*⁴⁸.

Este segundo inciso del artículo 77.2 LC está redactado tomando como referencia el supuesto que será más frecuente en la práctica, esto es, que en el pasivo del cónyuge insolvente haya obligaciones privativas y obligaciones gananciales. Sin embargo, la facultad de disolver la sociedad de gananciales no se desencadenará cuando el patrimonio ganancial se incluya en la masa activa del concurso para responder *tan sólo* de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente. El patrimonio ganancial responde de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente, con independencia de que éste sea o no insolvente. De ahí que su inclusión en la masa activa del concurso de un cónyuge asediado *tan sólo* por obligaciones gananciales no sea una circunstancia que *per se* pueda legitimar al cónyuge *in bonis* a instar la disolución de la sociedad de gananciales. En estos casos, habrá que reducir la literalidad de este segundo inciso del artículo 77.2 LC para evitar extender la disolución a supuestos en los que no existe endeudamiento privativo y no esté justificada en estos términos la petición de disolución. Cuestión distinta será que concorra otra circunstancia que

⁴⁷ En apoyo de la lectura propuesta, debemos citar la justificación de la enmienda presentada por el grupo parlamentario Coalición Canaria que dio origen a la redacción actual de la norma. Allí se señalaba 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, y en especial del 1373 y 541.3 aplicables en caso de ejecuciones singulares». Entendemos que la referencia al artículo 541.3 ha de entenderse hecha al precepto correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta enmienda está publicada en el *BOCG* de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Entre los autores, coinciden en conectar las lógicas de los artículos 1373 CC y 77.2 LC, BLANQUER, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss., p. 116, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La liquidación de la Sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss., p. 79, aunque éste último autor lo valora negativamente. Más amplia es la interpretación de esta regla que propone, ÁLVAREZ OLALLA, P., «La repercusión de las crisis empresariales en el régimen económico matrimonial en la nueva Ley concursal», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, 2005, pp. 489 ss., p. 498, pues considera que esta regla es de aplicación a cualquier deuda del concursado con independencia de que el endeudamiento sea privativa o ganancial. A la misma conclusión llega CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 216-217 y 224-230, aunque en la p. 224 reconoce que el verdadero interés en disolver *ex* artículo 77.2 LC se presenta en los casos en los que el patrimonio ganancial responda por deudas privativas del concursado.

⁴⁸ Respecto del concepto de las normas narrativas, resulta particularmente interesante la lectura del trabajo de JAYME, E., *Narrativen Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübinga, 1993, *passim*.

la legitime (p. ej., injerencia de la administración concursal en la sociedad de gananciales; v. art. 1393 CC).

La racionalidad de ambas reglas es, pues, idéntica: permitir al cónyuge *in bonis* que concrete la responsabilidad del patrimonio ganancial por las deudas privativas del cónyuge insolvente sobre la cuota que le corresponde a este último en dicho patrimonio. Así, frente al aumento sobrevenido del riesgo al que queda expuesto el patrimonio ganancial, el cónyuge *in bonis* puede poner a salvo su cuota en éste. Por ello, y a pesar de lo que pudiera parecer, la lógica de estas disposiciones no debe confundirse con la que subyace al artículo 1393.1 CC⁴⁹. Aunque también legitima al cónyuge *in bonis* a disolver la sociedad de gananciales por causa concursal, este precepto cubre una dimensión distinta del problema. En realidad, este precepto *faculta al cónyuge in bonis a reaccionar frente a la alteración del elemento personal sobre el que se asienta la sociedad de gananciales a resultas de la declaración de concurso del otro cónyuge*. Como es sabido, la declaración de concurso habilita a la administración concursal, bien a sustituir o bien a intervenir la facultades de administración y disposición que corresponden al cónyuge concursado sobre su sociedad de gananciales (art. 40.6 LC). Ahora bien, esta actuación en interés del concurso supone un serio atentado contra el elemento personal característico de la sociedad de gananciales (v. *supra* II.2). Por tal motivo, es lógico pensar que si el cónyuge *in bonis* no desea padecer esa interferencia en la gestión de la organización, deberá quedar legitimado para deshacerla pidiendo su disolución al juez. Esta es, precisamente, la posibilidad que contempla el artículo 1393.1 CC⁵⁰.

No hay que olvidar que el artículo 1393.1 CC fue redactado tomando como referencia un régimen concursal en el que el patri-

⁴⁹ Sin embargo, NANCLARES VALLE, J., «Comentario al artículo 77 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 604 ss., pp. 606 y 608, señala que el artículo 77.2 es la proyección en sede concursal del artículo 1393.1 CC, que da al cónyuge *in bonis* la oportunidad de recuperar el control sobre su parte del patrimonio ganancial. Asimismo, v. ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 77 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 928 ss., p. 933, y ARANGUREN URRIZA, F. J., *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Pamplona, 2007, pp. 347 ss., pp. 364-366.

⁵⁰ Entre los autores, esta idea convive con la lógica del embargo. Así, Díez-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1393 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1782 ss., pp. 1783-1784, establece como justificación tanto la necesidad de deslindar el patrimonio ganancial para proteger el valor correspondiente al cónyuge *in bonis* de la acción de los acreedores del cónyuge concursado, como la pérdida de la confianza. En la misma línea, GARCÍA URBANO, J. M., «Comentario al artículo 1393 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 761 ss., p. 762.

monio ganancial no quedaba integrado en la masa activa del procedimiento. Este dato es importante para entender la necesidad de introducir un precepto como éste cuando ya existía el artículo 1373 CC. En efecto, *el artículo 1393.1 CC se introduce para forzar la disolución de la sociedad de gananciales en un sistema en el que la declaración de concurso de uno de los cónyuges no afectaba al patrimonio ganancial*. Y es que cuando no existía el artículo 1393.1 CC, el cónyuge *in bonis* debía aguardar a que los acreedores privativos del cónyuge insolvente fueran embargando el patrimonio ganancial para forzar la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1373 CC). Eso sucedía aunque un tercero –p. ej., el síndico de la quiebra–, estuviera ya interfiriendo en la gestión de la sociedad de gananciales. La alteración en el sustrato personal de la sociedad de gananciales que esta injerencia suponía llevó al legislador a incluir una nueva causa de disolución para los supuestos de quiebra o concurso de uno de los cónyuges invocable por el cónyuge *in bonis*. De este modo, quedaba facultado para instar su disolución desde la apertura del procedimiento, sin tener que esperar a que se produjeran posteriormente los embargos.

De lo expuesto hasta ahora se sigue sin dificultad que *los artículos 77.2 LC y 1373 CC, por una parte, y el artículo 1393.1 CC, por otra, responden a lógicas distintas*. Como acabamos de exponer, la eficacia del artículo 1393.1 CC es independiente de la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso y, con ello, de su utilización para pagar a los acreedores privativos del cónyuge deudor. En virtud de este precepto, *el cónyuge in bonis está legitimado para solicitar su disolución a resultas de la injerencia de la administración concursal en la gestión y disposición del patrimonio ganancial*. En cambio, *en virtud de los artículos 77.2 LC y 1373 CC el cónyuge in bonis está legitimado para poner a salvo el valor que le corresponde en la sociedad de gananciales*.

Ahora bien, una vez aclarada la diferencia, no podemos dejar que reconocer que la coexistencia de los artículos 77.2 LC y 1393 CC resulta, a primera vista, un tanto sorprendente, pues ambos preceptos anudan la consecuencia de la disolución a un mismo hecho: la declaración concurso. Sin embargo, este resultado es fácil de explicar. Al incluirse el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, el artículo 77.2 LC ha extendido hasta el ámbito de la «ejecución colectiva» la lógica del artículo 1373 CC⁵¹. Se explica, así, que desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el cónyuge *in bonis* quede doblemente legitimado para instar la disolución de la sociedad de gananciales a resultas del concurso del otro cónyu-

⁵¹ Respecto de las opciones que tiene el cónyuge *in bonis* fuera del concurso cuando un acreedor privativo del otro cónyuge embarga bienes gananciales, v. PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, pp. 705-706.

ge: por un lado, por la injerencia de la administración concursal en la gestión de la organización (art. 1393 CC); y, por otro, por la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento (art. 77.2 LC). Como se puede comprobar, *esta circunstancia no priva de eficacia al artículo 1393.1 CC; simplemente reduce su ámbito de aplicación a los supuestos no cubiertos por los artículos 1373 CC y 77.2 LC*. Esto es, por ejemplo, lo que sucederá en aquellas situaciones de insolvencia desencadenadas por la sola existencia de endeudamiento ganancial contraído por el cónyuge insolvente. En ese caso, a pesar de la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, el cónyuge *in bonis* no podrá pedir la disolución *ex* artículo 77.2 LC pues no habría riesgo de que las deudas privativas del cónyuge insolvente pudieran realizarse sobre el patrimonio de la organización. Sin embargo, sí podrá instar la disolución de la sociedad de gananciales *ex* artículo 1393 CC a resultas de la injerencia de la administración concursal en su gestión⁵².

Sentado lo anterior, debemos reconocer que la comprensión del artículo 1393.1 CC se ha visto, si cabe, aún más enturbiada por el juego de la disposición adicional 1.^a, regla 2.^a, LC. Esta regla vincularía la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales a la apertura de la fase de liquidación, y no a la declaración de concurso. En efecto, dicha disposición contiene un criterio de interpretación conforme con el nuevo derecho concursal, en virtud del cual cualquier referencia a la quiebra o al concurso de acreedores existente en las normas no modificadas expresamente por esa ley se transforma en una referencia a la apertura de la fase de liquidación. Entonces, la disolución de los gananciales por causa concursal *ex* artículo 1393.1 CC se retrasaría hasta ese momento. Precisamente, es esta lectura del artículo 1393.1 CC la que ha llevado a algunos autores a entender que dicho precepto habría quedado derogado por el artículo 77.2 LC, al entrar en contradicción con éste⁵³. Sin embargo, no podemos compartir esta conclusión.

⁵² No constituye un supuesto no cubierto por estos preceptos el retraso de la petición de disolución a un momento posterior del concurso (p. ej., la apertura de la fase de liquidación), pues la doctrina entiende que el cónyuge *in bonis* puede ejercitar tal facultad más allá del momento en que se declara el concurso. Así, v. *infra* nota núm. 63. Sin embargo, v. BLANQUER, CDC 43 (2005), pp. 118-119, considera que el artículo 1393.1 CC daría al cónyuge *in bonis* una nueva oportunidad de instar la disolución de la sociedad de gananciales en el momento en que se abriera la fase de liquidación. Discute la solución propuesta en texto, GUILARTE GUTIÉRREZ, ADCo 5 (2005), p. 82, para quien en cualquier caso, el cónyuge *in bonis* puede pedir la disolución invocando el artículo 77.2 LC.

⁵³ Así, ORDUÑA, F. J./PLAZA, J., «Comentario al artículo 77 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E., (dirs), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1406 ss., pp. 1411-1412. También lo considera derogado por la nueva ley ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio*

Y ello, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, como ya hemos indicado, en la medida en que la lógica de los artículos 77.2 LC y 1393.1 CC no coincide, no habría ninguna dificultad para que sus consecuencias jurídicas se asociaran a momentos distintos sin que surgiera contradicción alguna. Pero, además, en segundo lugar, no es exacto afirmar que, frente a lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, la disolución *ex* artículo 1393 CC quedaría necesariamente vinculada a la apertura de la fase de liquidación. La referencia a la apertura de la liquidación que pretende insertarse en el artículo 1393.1 CC plantea serios problemas de coordinación con lo dispuesto en el artículo 40.6 LC. Dicho precepto establece que desde la declaración de concurso quedan afectadas las facultades de disposición y administración del cónyuge insolvente y, por lo tanto, sus facultades de administración y de disposición sobre el patrimonio ganancial. Sin embargo, si mantenemos la interpretación a la que nos lleva la aplicación estricta de la disposición adicional 1.^a.2.^a LC, el cónyuge *in bonis* tendría que esperar a la apertura de la fase de liquidación para instar su disolución por esta causa. Se produce, entonces, un *décalage* entre el momento en que se verifica el supuesto de hecho de la norma –declaración de concurso– y el momento en que el que se desencadena su consecuencia jurídica –fase de liquidación–.

El problema es que este desfase no es inocuo. Si, tal y como acabamos de señalar, el artículo 1393.1 CC pretende facilitar al cónyuge *in bonis* un instrumento para reaccionar frente a las injerencias de la administración concursal en la gestión y disposición de la sociedad de gananciales, la facultad de pedir la disolución no puede quedar vinculada a la apertura de la fase de liquidación. Se hace, pues, necesario corregir el resultado al que conduce la integración de dicho precepto conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 1.^a.2 LC. Dicha corrección resulta relativamente sencilla, sobre todo si tomamos en cuenta su lógica: vincular las consecuencias jurídicas que determinados preceptos asociaban a la quiebra y al concurso de acreedores al momento del nuevo concurso en el que concurrirán los efectos propios de esos procedimientos típicamente liquidativos (*i. e.*, la apertura de la fase de liquidación).

de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Barcelona, 2006, p. 48. Con relación al Proyecto de Ley concursal, insistía en el posible conflicto entre ambos preceptos, máxime cuando por efecto de la disposición adicional 1.^a LC, el artículo 1393.1 CC desencadenaría sus consecuencias con la apertura de la fase de liquidación, YÁÑEZ RIVERO, F., «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2002, pp. 1-12 (versión electrónica BIB 2003/34), p. 5. En contra, BLANQUER, CDC 43 (2005), pp. 118-119, quien considera que el artículo 1393.1 CC no ha sido derogado por la Ley Concursal, asignándole la finalidad señalada *supra* en la nota núm. 62.

Sin embargo, no siempre las referencias que existían a la quiebra y al concurso de acreedores tenían por objeto vincular una determinada consecuencia jurídica a la dimensión liquidativa de estos procedimientos. De ahí que, en no pocos supuestos, dichas referencias terminen convirtiéndose en una simple referencia al concurso regulado en la nueva ley. Como el propio legislador nos recuerda en el primer párrafo de esa disposición adicional 1.^a LC, en última instancia, el criterio residual de integración de las normas afectadas por la nueva ley será «el espíritu y la finalidad» de las mismas⁵⁴.

Volviendo al caso que nos ocupa, la interpretación conforme «al espíritu y finalidad» de la norma nos obliga a determinar si existía alguna vinculación entre el tenor literal del artículo 1393.1 CC y el carácter liquidativo de la quiebra o del viejo concurso de acreedores. De no ser así, la interpretación más razonable será vincular la causa de disolución a la declaración de concurso.

En este punto hemos de precisar que no existe una relación directa entre la literalidad del artículo 1393.1 CC y el carácter liquidativo de los procedimientos señalados. La limitación de la causa de disolución a la declaración procedimientos de quiebra y concurso de acreedores en la redacción original del artículo 1393.1 CC se explica porque en esos casos el deudor perdía completamente el poder de disposición sobre sus bienes. Entonces, los síndicos le sustituían en el ejercicio de sus facultades de disposición y de administración y, de este modo, interferían en la vida de la sociedad conyugal. Si no se mencionaba la suspensión de pagos o al beneficio de quita y espera es porque, en principio, en estos procedimientos no se producía una privación absoluta del poder de disposición del deudor. Lo habitual era que los actos de administración y disposición del deudor, –incluidos los que tuvieran que ver con la sociedad de gananciales de la que era miembro–, quedaran sólo sujetos a intervención (v., por ejemplo, art. 6 LSP). Los interventores tenían, entonces, que autorizar cualquier acto de administración y de disposición sobre el patrimonio ganancial en el que interviniera el cónyuge insolvente. Salta a la vista que, aunque en menor medida, también en estos supuestos se producía la injerencia de un tercero guiado por intereses particulares –i. e., los intereses del procedimiento–. Por eso, cabría defender una interpretación extensiva del precepto para entender que, también en estos casos, el cónyuge *in bonis* estaba legitimado para instar la disolución de la sociedad de gananciales.

⁵⁴ Entre quienes critican los excesos que puede producir la aplicación literal de esta disposición adicional, v. MORILLAS, M. J., «Comentario a la disp. adic. 1.^a LC», en, A./ROJO/BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3028 ss., pp. 3032-3033. Recoge las críticas que se vertieron durante el trámite parlamentario, DEL MORAL, I., «Comentario a la disp. adic. 1.^a LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, J. C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1763 ss., pp. 1763-1764.

Como acabamos de poner de manifiesto, la facultad de disolver la sociedad de gananciales no era una consecuencia vinculada en exclusiva a los procedimientos liquidativos. Entonces, no hay ninguna dificultad para permitir al cónyuge *in bonis* ejercitar dicha facultad desde el momento en que se producen esas injerencias, esto es, desde la declaración de concurso⁵⁵, ⁵⁶.

Antes de cerrar este apartado, debemos señalar que la lógica del artículo 1393.1 CC se reproduce en otras reglas que encontramos en la regulación de la sociedad civil y de sociedad colectiva⁵⁷. En efecto, también en el artículo 1700.3 CC, al contemplar la «insolvencia [...] de cualquiera de los socios» y en el artículo 222.3 CCO, al referirse a «la quiebra de cualquiera de los socios», como causas de disolución de la sociedad civil y de la sociedad colectiva, se está dando una respuesta a la alteración del sustrato personal de estas sociedades. Dicho problema se puede describir en los siguientes términos: *la afección de la parte del socio insolvente al pago de sus acreedores particulares altera el sustrato subjetivo de la sociedad que ha servido de fundamento para el otorgamiento del negocio fundacional y, por lo tanto, legitima al resto de los socios para disolver la sociedad*. Y es que, a resultas del concurso, se desplaza al socio insolvente de las tareas de administración de la sociedad en beneficio de la administración concursal, que bien reemplaza al concursado en sus funciones (en los supuestos de sustitución), o bien condiciona las decisiones que éste pueda adoptar en interés del concurso (en los supuestos de intervención). La insolvencia del socio puede, incluso, acabar dando entrada en la sociedad a un tercero a resultas de la ejecución de su parte en la sociedad⁵⁸. Pues

⁵⁵ También CABANAS TREJO, R., «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, 2005, pp. 379 ss., p. 468, llama la atención sobre el hecho de que haya que leer el artículo 1393 CC referido a la fase de liquidación del concurso y considera que hay que entenderlo referido al concurso. CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 230 evita vincular la aplicación del artículo 1393 CC a la apertura de la fase de liquidación entendiéndolo subsumido en el artículo 77.2 LC.

⁵⁶ Otro caso particularmente claro de interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma es el de la fianza, respecto del beneficio de excusión (art. 1831 CC). Tampoco en este caso la referencia a la quiebra o al concurso ponía de manifiesto ninguna conexión con la apertura de un procedimiento liquidatorio, sino la falta de bienes suficientes sobre los que hacer efectiva la responsabilidad del acreedor. Por ello también en la suspensión de pagos se perdía el beneficio de excusión. Se entiende, entonces, que tampoco en este caso la lectura del precepto deba entenderse realizada a la apertura de la fase de liquidación.

⁵⁷ Así, por ejemplo, BLANQUER, AAMN, XXV (1982), p. 124 o DE LOS MOZOS, *Comentario artículo 1373 CC*, XVIII, 2, p. 331, consideran que el artículo 1373 CC está en la línea de lo dispuesto en los artículos 1699 y 1700.3 CC, en sede de sociedad civil. Como ya hemos visto, la equivalencia entre los artículos 1373 CC y 1699 CC es exacta; pero como vamos a ver inmediatamente, no lo es la establecida entre el artículo 1373 CC y el artículo 1700.3 CC, en lo referente a la quiebra de la sociedad.

⁵⁸ La interpretación de estos preceptos no es fácil y así lo reconoce PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva. Disolución y liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 2006, pp. 715 ss., p. 723, respecto del artículo 222.3.º CCO. Entre nosotros, llegan a conclusiones similares a las expresadas

bien, es evidente que en todos estos casos se produce una alteración del elemento personal de la sociedad que explica la activación de una causa de disolución vinculada a la apertura del procedimiento. Esta explicación no resulta, sin embargo, extensible al justo motivo de denuncia contemplado en el artículo 1707 CC. En este caso, la insolvencia no declarada de un socio legitima a los demás a denunciar el contrato de sociedad a resultas del aumento del riesgo inicialmente contratado, esto es, el que resulta de que uno de los socios no pueda hacer frente a su responsabilidad por las deudas societarias⁵⁹.

Hechas estas precisiones, la interpretación del artículo 222.3 CCO plantea una dificultad añadida. A través de la disposición final 2.ª LC se ha modificado expresamente su literalidad para vincular la disolución de la sociedad colectiva a la apertura de la fase de liquidación. A nuestro juicio, esta solución es criticable por dos motivos: por una parte, porque desconoce la lógica que se encuentra detrás de este precepto; y, por otra, por la contradicción de valoración que se genera cuando se corrige la redacción del artículo 222.3 CCO, y se deja inalterado el contenido del artículo 1700.3 CC⁶⁰. Entonces, el intérprete queda enfrentado a un difícil dilema:

en texto, CAPILLA, *Comentario artículo 1700 CC*, XXI, 1, pp. 594-595, o PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1700 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1489 ss., pp. 1493-1494. En sede concursal, apuntan que ésta es la racionalidad que seguramente está detrás del precepto BELTRÁN, E./MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario a la disp. fin. 2.ª LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3102 ss., p. 3112. En la literatura alemana, lo expresa con toda claridad para la oHG, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 3.ª edición, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, p. 1507. Sin embargo, para, DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 193, la justificación estaría, más bien, en el aumento del riesgo que representa para los demás la quiebra de uno de los socios. En la literatura alemana, respecto de la sociedad civil, considera que se trata de una consecuencia derivada de la necesidad de extraer el valor correspondiente a la parte de socio de la sociedad. ULMER, P., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, vol. 3, 3.ª edición, Munich, 1997, § 728 RdN. 1-2, p. 413; y lo mismo para la sociedad colectiva, Ulmer, P., *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, vol. 1, 3.ª edición, Berlín-Nueva York, 1973, § 131, p. 368, antes de la reforma de 1998. Con posterioridad, y una vez convertida esta causa de disolución de la sociedad en una causa de exclusión, v. en el mismo sentido, SCHÄFER, C., en CANARIS, C. W./SCHILLIG, W./ULMER, P. (eds.), *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, 4.ª edición, 2004, § 131 RdN. 86 y 89, pp. 48-50. En la literatura italiana, MAFFEI ALBERTI, A., «Comentario al artículo 149 Legg.Fall.», en *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4.ª edición, Padua, 2000, pp. 648 ss., p. 648, nos recuerda que la razón de ser de preceptos como el artículo 2288 *Codice civile*, que contempla la exclusión del socio de la sociedad en caso de ser declarado en concurso, se encuentra en la degradación del elemento fiduciario característico de las sociedades de personas.

⁵⁹ En esta línea, CAPILLA, *Comentario artículo 1700 CC*, XXI, 1, p. 525, o PAZ-ARES, *Comentario artículo 1700 CC*, II, pp. 1493-1494.

⁶⁰ Son particularmente oportunas las críticas de VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Comentario a la disposición final segunda», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. IV, Valladolid, 2004, pp. 3651 ss., pp. 3656-3657. Sin embargo, a juicio de GADEA SOLER, E., «Comentario a la disposición final segunda», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004,

o bien debe tolerar que respecto de un mismo problema –*i. e.*, la apertura de un procedimiento concursal– pueda llegarse a soluciones distintas; o bien debe sostener la necesidad de realizar una interpretación *abrogans* que permita devolver la coherencia valorativa a este grupo de preceptos⁶¹. La defensa de la coherencia del sistema jurídico nos impide defender soluciones distintas para supuestos valorativamente iguales. Por ello, nos decantamos por la segunda opción.

3. La «preferencia» del cónyuge *in bonis*

Tal y como acabamos de ver, los artículos 1373 I CC y 77.2 LC permiten *al cónyuge no deudor limitar la responsabilidad del patrimonio ganancial por las deudas privativas del otro cónyuge*. Para hacer efectiva dicha limitación de responsabilidad, el cónyuge *in bonis* debe exigir que se separe la cuota que en dicho patrimonio corresponde al cónyuge deudor a fin de que puedan satisfacerse sobre ella sus acreedores privativos. Ya sabemos que esa separación sólo puede llevarse a cabo disolviendo la sociedad de gananciales (v. *supra* II.3). En efecto, una vez instada la disolución, se liquidará la organización satisfaciendo todas las obligaciones gananciales y, a continuación, el sobrante se repartirá a partes iguales entre los cónyuges. De este modo, los acreedores privativos del cónyuge deudor podrán cobrarse sobre su cuota de liquidación y la responsabilidad por las deudas privativas del cónyuge insolvente se concretará sobre la parte de los gananciales que le corresponda⁶². En cambio, si el cónyuge *in bonis* no insta la disolución, *el «embargo colectivo» que el concurso representa se hará efectivo sobre todo el patrimonio ganancial*. Entonces, tanto los acreedores gananciales como los privativos del cónyuge concursado concurrirán sobre el patrimonio común para cobrarse, satisfaciéndose preferentemente los primeros sobre los segundos (v. *supra* II.3)⁶³. El

pp. 1807 ss., p. 1810, la explicación a esta regla estaría en la existencia de un procedimiento único.

⁶¹ Respecto de la aplicación del artículo 1700 CC al estado de insolvencia judicialmente declarado, por todos, v. PAZ-ARES, *Comentario artículo 1700 CC*, II, pp. 1493-1494.

⁶² Por todos, PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, p. 706; LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, pp. 442-443; DE LOS MOZOS, *Comentario artículo 1373 CC*, XVIII, 2, pp. 334-336. Esboza también esta posibilidad, Torralba, V., «Comentario al artículo 1373 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1734 ss., pp. 1754-1755.

⁶³ Sin embargo, MAGRO SERVET, 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», *Diario La Ley*, núm. 6213, de 18 de marzo de 2005,

equilibrio patrimonial de la sociedad de gananciales puede restaurarse *a posteriori* a través del derecho de reintegro que surge a favor de la sociedad de gananciales por los créditos privativos del cónyuge deudor satisfechos sobre este conjunto de bienes (art. 1373 II CC). Por lo tanto, *si el cónyuge in bonis desea mantener en pie la organización familiar, deberá soportar que los acreedores privativos del cónyuge concursado realicen sus créditos sobre todo el patrimonio ganancial*, poniendo así en riesgo su valor en la sociedad de gananciales, pero disponiendo a cambio de un mecanismo de reintegración de las cantidades «anticipadas».

Una vez satisfechas las obligaciones gananciales en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, *el cónyuge in bonis tiene derecho a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado*. Y es que el remanente que resulta de liquidar la sociedad de gananciales sólo se integra en su patrimonio privativo cuando se haya descontado la cuota correspondiente al cónyuge *in bonis*⁶⁴. Será sobre ésta –y sólo sobre ésta– sobre la que habrán de satisfacerse los acreedores privativos del cónyuge insolvente. Se reconoce, así, a favor del cónyuge *in bonis*, un *derecho al valor existente en el patrimonio ganancial* que recuerda a ciertas formas de preferencia. Sin embargo, y a pesar de las apariencias, dicho derecho no debe confundirse con las preferencias crediticias existentes en el derecho patrimonial (p. ej., con la prededucción, o con las garantías reales, o con los privilegios, sean éstos especiales o sean generales). En realidad, *éste no refleja un mejor derecho para el cobro frente a otros acreedores que concurren sobre un mismo patrimonio (i. e., porque se le ha afectado en exclusiva el valor de un bien o, con mayor o menor intensidad, de todo el patrimonio). Refleja que los cónyuges son titulares del valor existente en esa organización una vez que se ha producido su liquidación* (art. 1404 CC)⁶⁵. La expresión «preferencia» se utiliza, entonces, de manera impropia para expresar el derecho a la cuota de liquidación de los cónyuges sobre dicho patrimonio.

pp. 1 ss., p. 8, considera que, en estos supuestos, se excluye la responsabilidad subsidiaria de los gananciales frente a cualquier crédito privativo.

⁶⁴ GARNICA MARTÍN, J., «Comentario al artículo 21 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A./FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, p. 223, reconoce que no hay ninguna dificultad para que el cónyuge *in bonis* manifieste su opción por la disolución con posterioridad a la declaración de concurso (p. ej., cuando haya empezado el reconocimiento de los créditos). De la misma opinión son ALVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 502, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *ADCo*, 5 (2005), pp. 74-75.

⁶⁵ En términos similares, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 80-81 y 244-245.

A la vista de lo dicho, no será de aplicación a este supuesto la regla prevista en el artículo 89.2 LC. Recordemos que a través de dicho precepto se trata de hacer efectivo el principio de la *par condicio creditorum*, restringiendo los privilegios eficaces en sede concursal a aquellos que expresamente se reconozcan en esa ley⁶⁶. Si sostuviéramos que la «preferencia» del cónyuge *in bonis* sobre los acreedores privativos del cónyuge insolvente es una auténtica preferencia crediticia, tendríamos que sujetarnos a lo dispuesto en el artículo 89 LC y privarle de todo efecto en sede concursal. Sin embargo, como acabamos de ver, ésta no es una preferencia que afecte el valor del patrimonio insolvente al pago de determinados acreedores; es más bien el resultado de atribuir a los cónyuges el valor que queda en la organización tras haberla liquidado. A fin de cuentas, ellos son los titulares de ese valor y su satisfacción no puede quedar sometida a las limitaciones del artículo 89 LC. Precisamente porque el cónyuge *in bonis* es el titular del valor que queda en la organización después de haber satisfechos las obligaciones gananciales, tampoco será de aplicación la regla de la subordinación prevista para las personas especialmente relacionadas con el deudor al abono de la cuota de liquidación (art. 93.1.1 LC).

4. La crítica de la «preferencia» del cónyuge *in bonis*

Una vez aclarada la naturaleza de la mal llamada «preferencia» del cónyuge *in bonis* para el cobro de la cuota liquidación, hay que reconocer que ésta ha sido objeto de crítica por algún sector de la doctrina. Así, se entendía que *mantener su eficacia en el concurso conduciría a vaciar el patrimonio ganancial en perjuicio de los acreedores concursales*⁶⁷. En efecto, en este caso, los acreedores privativos del cónyuge concursado sólo podrían cobrarse sobre una parte del valor existente en la sociedad de gananciales. La otra parte habría sido asignada al cónyuge *in bonis*, infringiendo así el principio «antes pagar que liquidar». Sin embargo, no podemos compartir estas críticas y ello, fundamentalmente, por dos motivos: el primero, porque esta solución no hace otra cosa que hacer efec-

⁶⁶ Por todos, v. GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 89 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1596 ss., pp. 1600-1601, para quien la admisión de un nuevo privilegio en el sistema concursal exigiría una previsión expresa del legislador reconociendo eficacia a esa preferencia frente al concurso.

⁶⁷ Así, por ejemplo, v. BELTRÁN, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLAVARDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2001, pp. 153 ss., pp. 160-161, donde criticaba que el cónyuge *in bonis* pudiera cobrarse fuera del concurso y antes que los demás acreedores. Asimismo, v. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss., pp. 1566-1567 y 1569-1570.

tiva la separación existente entre ambos patrimonios, ajustando el ejercicio de los derechos de crédito sobre aquella parte del patrimonio ganancial sobre la que los acreedores privativos tienen derecho a satisfacerse [v. *infra a*]); y el segundo, porque los acreedores gananciales, frente a los que responde directamente el patrimonio ganancial, disponen de las herramientas necesarias para garantizarse que ninguno de los cónyuges percibe indebidamente la cuota de liquidación [v. *infra b*]).

a) En primer lugar, satisfacer al cónyuge *in bonis* su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado no supone privar a éstos de su derecho a cobrarse con cargo al patrimonio ganancial. La existencia de una separación entre patrimonios impone que sólo puedan satisfacerse sobre la cuota que le corresponde al cónyuge deudor. Y esta consecuencia es común a toda organización, sea una sociedad de gananciales o sea una sociedad anónima⁶⁸. En efecto, *abierta la liquidación, las obligaciones gananciales se satisfacen de forma inmediata sobre el patrimonio ganancial, mientras que los acreedores privativos del cónyuge insolvente sólo tienen derecho a cobrarse sobre el valor que le corresponda a éste tras la liquidación*. Esta solución es absolutamente respetuosa con el principio «antes pagar que partir», que se aplica a cualquier situación de liquidación y que pone de manifiesto la necesidad de atender al pago de los acreedores de la organización antes de satisfacer el valor que corresponda a sus miembros (v. *gr.*, socios, cónyuges, coherederos, etc.). Pues bien, en el caso de la sociedad de gananciales, *los acreedores privativos de cada uno de los cónyuges no son acreedores que pueden beneficiarse de este principio. Éstos no son acreedores de la organización y, por lo tanto, sus derechos sobre el patrimonio ganancial en sede de liquidación quedan limitados a la cuota que corresponda al cónyuge concursado* (v. arts. 1373 I CC y 77.2 LC; pero también, en la sociedad civil, arts. 1699 y 1700.3 CC, en lo referido al embargo; en la sociedad colectiva, art. 174 CCO). Así las cosas, *que los acreedores privativos del concursado sólo puedan satisfacerse con cargo su cuota en el patrimonio ganancial, no es un resultado indeseable, sino la consecuencia de la separación existente entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos de los cónyuges* (v. *supra* II.2).

b) En segundo lugar, tampoco hay riesgo de que *los acreedores gananciales* puedan quedarse sin cobrar a resultas de una liquidación defectuosa que vacíe el patrimonio ganancial en beneficio

⁶⁸ Sin embargo, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 259-260.

del cónyuge solvente. Como tendremos ocasión de comprobar, la liquidación del patrimonio común no sigue las reglas propias de liquidación concursal, sino que se realiza conforme a las reglas propias de la liquidación del patrimonio ganancial [v. arts. 21.1.7.º y 77.2 LC, arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC; v. *infra* IV.2.b)]. En lo que ahora interesa, esto significa que mantiene su vigencia el régimen de responsabilidad que establece el Código civil para los supuestos en los que se divida el patrimonio ganancial entre los cónyuges y queden, sin embargo, sin satisfacer créditos que hubieran debido realizarse sobre el mismo. En concreto, los acreedores no satisfechos podrán reclamar al cónyuge no deudor el pago de la totalidad de su crédito con el límite del valor recibido en la liquidación de los gananciales (v. arts. 1401, 1402, 1410 y 1084 CC). Y en esta reclamación tendrán preferencia sobre los acreedores privativos del cónyuge en cuestión⁶⁹. Más aún, en aquellas situaciones en las que, a pesar de la atenta supervisión del juez y de la administración concursal, resultaran infringidas las normas relativas a la formación del inventario, todo el patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* responderá del pago de las deudas no cubiertas de las que respondía directamente el patrimonio ganancial (responsabilidad *ultra vires*; v. arts. 1084 y 1401 CC)⁷⁰. Como se puede apreciar, incluso en estos supuestos, el riesgo de vaciamiento en perjuicio de los acreedores gananciales se encuentra razonablemente amortiguado. Por lo tanto, no hay razones para limitar este derecho a la cuota de liquidación del cónyuge *in bonis*.

IV. PATRIMONIO GANANCIAL Y MASA ACTIVA DEL CONCURSO

1. Patrimonios comunes y masa activa del concurso

Para poder valorar en sus justos términos la decisión del legislador de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, debemos examinar, de forma más general, de qué modo afecta al patrimonio de una organización la declaración de concur-

⁶⁹ PEÑA, *Comentario artículos 1401 y 1402 CC*, II, pp. 787-788 y 790; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 483 ss., pp. 490-491. Pondera el valor del artículo 1401 CC en sede concursal para proteger el interés de los acreedores gananciales y, a la vez, tutelar el derecho del cónyuge *in bonis* CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 257-261.

⁷⁰ PEÑA, *Comentario artículos 1401 y 1402 CC*, II, p. 788.

so de uno de sus miembros. El legislador no ha regulado esta situación de forma general, y cuando lo ha intentado en supuestos particulares -p. ej., para la sociedad de gananciales o para la sociedad colectiva-, hay que reconocer que no lo ha hecho con demasiada fortuna.

Con carácter general, se puede afirmar que *sólo debería quedar integrada en la masa activa del concurso aquella parte o valor del patrimonio de la organización que pertenezca al deudor*. La razón es clara: sólo sobre ésta puede hacerse efectiva su responsabilidad patrimonial *ex* artículo 1911 CC; el resto del valor existente en el patrimonio de la organización es valor ajeno⁷¹. Las organizaciones habrán de disponer, entonces, de recursos que les permitan evitar que se incluyan en la masa activa del concurso de un miembro los bienes comunes que puedan encontrarse en su poder. Ahora bien, inmediatamente hay que reconocer que esto puede entrar en conflicto con el derecho de los acreedores del insolvente a satisfacerse sobre la parte o el valor que le pueda corresponder en ese patrimonio⁷². Por ello, tal y como ya avanzábamos, el legítimo interés de la organización en mantener su patrimonio fuera del concurso de uno de sus miembros habrá de convivir con el reconocimiento simultáneo a los acreedores particulares de ese miembro de un derecho a realizar sus créditos sobre el valor que le corresponda en ella (v. *supra* II.3).

Aislar la cuota que corresponde al deudor para integrarla en su concurso exigirá, en algunos casos, disolver la organización [para la sociedad de gananciales, v. artículos 1373 I CC y 77.2 LC; (v. *supra* III.2)]. En la medida en que nos encontremos ante un patrimonio solvente, esta operación habrá de realizarse conforme a las reglas de liquidación (extraconcursales) aplicables a dicho patrimonio. *Sin embargo, habrá casos en los que no será necesario proceder a la disolución*. Esto es lo que sucederá cuando los miembros puedan disponer de sus cuotas durante la vida de la organización y, por lo tanto, éstas pueden ser embargadas o incluidas directamente en la masa activa del concurso. Éste es el caso de la sociedad colectiva o de la sociedad civil. Pero también puede suceder que, siendo precisa la disolución para aislar la cuota, los miembros prefieran mantener en pie la organización (v. art. 1373 II CC y

⁷¹ En la literatura alemana, esta posición es unánime. Así, por todos, v. STODOLKOWITZ, H. D., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 84 Rdn. 1, pp. 1808-1809.

⁷² Con relación al patrimonio consorcial de los cónyuges, v. SCHUMANN, E., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 37 Rdn. 32, p. 781.

77.2 LC, para la sociedad de gananciales). *Pues bien, en ambos casos, la regla general será que el patrimonio de la organización habrá de permanecer fuera del concurso.* Existiendo cuotas de las que los socios puedan disponer –p. ej., en el caso de la sociedad colectiva o en el caso de la sociedad civil–, serán éstas las que queden integradas en la masa activa del concurso. En caso contrario, y a falta de disolución, podrán satisfacerse sobre el patrimonio de la organización cualquiera de los créditos concursales frente a los que responda, respetando en todo momento el mejor derecho de cobro de los acreedores de la organización frente a los acreedores privados de sus miembros⁷³.

La solución descrita es la adoptada por el legislador alemán. No está de más recordar que en este ordenamiento, las sociedades personalistas son consideradas comunidades en mano común. Por lo tanto, en principio, han de ser disueltas total o parcialmente para extraer la cuota del socio⁷⁴. Por el contrario, la comunidad conyugal queda sin liquidar, pues el concurso de cualquiera de los cónyuges no se configura como una causa de disolución. Entonces, la organización subsiste al margen del procedimiento y sobre su patrimonio se van realizando los créditos de cuyo pago responde (§ 84 *InsO*). La solución, sin embargo, cambia cuando sólo uno de los cónyuges tiene atribuida la facultad de administrar el consorcio matrimonial (§ 37 *InsO*)⁷⁵. En ese supuesto, sólo ese cónyuge podrá obligar al patrimonio común. Por ese razón, se integra todo el patrimonio en el concurso sin que, en ese momento, el cónyuge *in bonis* pueda reclamar su cuota en el mismo⁷⁶. No obstante, en la medida en que puede haber deudas contraídas por el cónyuge *in bonis* de las que deba responder el patrimonio común (p. ej., deudas propias de éste; deudas comunes contraídas con el consentimiento del otro cónyuge, etc.), éstas también pueden satisfacerse dentro del procedimiento abierto sobre el otro cónyuge⁷⁷.

La solución que acabamos de exponer difiere de la adoptada por el legislador español en la Ley Concursal respecto de la sociedad de gananciales. En ese caso, el patrimonio común queda integrado en la masa activa del concurso del cónyuge insolvente (art. 77.2 LC). Cabría pensar que integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso podría servir para *coordinar las ejecucio-*

⁷³ Sin embargo, siguiendo la solución adoptada en la Ley Concursal, ÁLVAREZ OLLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 499-500, considera que los bienes gananciales deben ser incluidos en su totalidad en la masa activa, pues responden de una manera o de otra de las deudas del concursado.

⁷⁴ V. *supra* nota núm. 58.

⁷⁵ SCHUMANN, *MünchKomm InsO*, § 37 *RdN* 32, p. 781.

⁷⁶ *Ibid.*, § 37 *RdN* 1 y 21, pp. 774 y 778, que lo considera una excepción a la regla general relativa a la integración de la masa activa del concurso.

⁷⁷ *Ibid.*, *RdN* 24, pp. 779-778.

nes sobre ese patrimonio común. De este modo, se evitaría que concurrieran desordenadamente las obligaciones privativas y las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado cuando el cónyuge *in bonis* optara por no disolver la organización. La integración en la masa activa del concurso sería, entonces, el cauce procedimental a través del cual se garantizaría que todos estos acreedores habrían de concurrir simultáneamente sobre el patrimonio ganancial y que unos no cobrarían en perjuicio de otros. Sin embargo, a nuestro juicio, esto sería tanto como restaurar la vigencia del derogado y –dicho sea de paso, muy criticado–, artículo 923 CCO. Efectivamente, para conseguir un propósito similar respecto de los acreedores de las sociedades personalistas, este precepto extendía la declaración de quiebra a los socios colectivos. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, para alcanzar este objetivo no es necesario someter a concurso ni al patrimonio ganancial, ni al patrimonio personal de los socios solventes. En caso de disolución, cabe pensar que la propia liquidación del patrimonio ganancial contribuiría a ordenar la concurrencia entre acreedores. Y si no fuera suficiente, bastaría con implementar mecanismos que permitieran coordinar el ejercicio de estas acciones a través de la administración concursal⁷⁸.

La solución diseñada por el legislador presenta, además, una dificultad añadida, esto es, *impone unos costes importantes al procedimiento concursal*. En efecto, integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso supone atribuir el conocimiento de esta liquidación al juez del concurso. Pues bien, esta asignación tiene unos costes nada despreciables. Por un lado, está el riesgo de contaminación en las decisiones relativas a la liquidación de los gananciales por los efectos del concurso; por otro, el riesgo de sobrecarga de trabajo; y por fin, están los costes de administración derivados de integrar la masa ganancial dentro de la masa activa del concurso y que tienen fundamentalmente que ver con la coordinación de los pagos de todos los acreedores legitimados a satisfacerse sobre esa masa patrimonial⁷⁹. Como veremos, en algunos casos, éstos ni siquiera serán acreedores concursales (v. *infra* V).

⁷⁸ Entre nosotros, SÁEZ LACAVE, *RcP*, 2 (2005), pp. 193-194, apunta que la regla contenida en el artículo 48.5 LC sustituye los efectos del artículo 923 CCO. Con relación al derecho derogado GOZALO, *La quiebra por extensión*, pp. 268-269, reconoce que esta regla atendería, entre otros, al interés de garantizar que los acreedores concurren en pie de igualdad en la realización de patrimonios distintos del patrimonio del deudor.

⁷⁹ Sobre los riesgos que entraña atraer a la competencia del juez del concurso el conocimiento de determinadas cuestiones, nos permitimos remitir a BERMEJO, N., «Los efectos del concurso sobre los créditos: una nueva aproximación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 31, 2005, pp. 3 ss., pp. 8-10.

Por lo tanto, debería haberse valorado con más cuidado la decisión de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso.

Un ejemplo particularmente revelador de los problemas de coherencia que genera esta solución es el que plantea el juego del sistema de preferencias que establece la Ley Concursal. Nótese que, aún siendo un patrimonio solvente, la satisfacción de los créditos dentro del concurso con cargo a esa masa patrimonial habrá de hacerse, en ciertos supuestos, en los términos establecidos por la Ley Concursal. Así, por ejemplo, cuando el cónyuge *in bonis* no solicite la disolución de la sociedad de gananciales, los acreedores habrán de satisfacerse sobre un patrimonio solvente siguiendo, paradójicamente, el orden de prelación establecido en la ley para los patrimonios insolventes (v. arts. 89 a 93 LC). Otro ejemplo lo encontramos en la ordenación del cobro de los acreedores gananciales, cuando el cónyuge *in bonis* no solicita la disolución. En estos casos, los titulares de aquellos créditos que hubiera contraído el deudor insolvente sufren todos los efectos del concurso para realizarse sobre un patrimonio solvente, como normalmente será el ganancial; por el contrario, los titulares de aquellos créditos que hubieran sido contraídos por el cónyuge *in bonis* podrán cobrarse sobre esos bienes sin padecer restricción alguna (v. *infra* V.3).

2. La integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso

Una vez que hemos determinado conforme a qué criterios han de tratarse los patrimonios separados en el concurso de uno de los miembros de la organización, vamos a examinar de cerca la regla existente para la sociedad de gananciales. Ya sabemos que dicha regla impone la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC). Pues bien, lo primero que tenemos que hacer es reiterar algo que avanzamos en el apartado anterior: no hay ninguna razón para incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. El patrimonio ganancial es un patrimonio distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que, *a partir de la reforma del derecho de familia del 1981, administran y disponen conjuntamente*. Por ello, desde ese momento, no debería recibir un tratamiento diferente del que corresponde a otros patrimonios separados, como el de una sociedad civil o el de una sociedad colectiva, que, en ningún caso, son incluidos en la masa activa del concurso de los socios insolventes⁸⁰.

⁸⁰ Con carácter general, GARRIGUES, *Curso*, II ⁸, p. 460, afirmaba que en caso de comunidad, condominio o sociedad se incluía en la masa sólo la parte que correspondía al quebrado tras haber practicado la liquidación al margen de la quiebra. Sin embargo, al abordar la cuestión de la separación *ex iure dominii* (art. 909.1 y 2 CCO), señalaba lo siguiente: «es evidente que en la quiebra del marido sólo deben figurar sus propios bienes y no los de su mujer, los cuales en ningún momento responden de las deudas de aquél (arts. 1360

En efecto, antes de la reforma de 1981, los bienes familiares se encontraban bajo el poder del esposo. Este dato explicaba que, declarada su quiebra o su concurso, todos ellos fueran ocupados por los síndicos y que, posteriormente, la esposa pudiera ejercitar las acciones de separación correspondientes para extraer sus bienes propios. Estos bienes no eran otros que los parafernales y los dotales a los que se referían los artículos 909.1 y 2 CCO⁸¹. Junto a estos bienes privativos, se encontraban también en poder del marido los *bienes comunes o patrimonio ganancial*, del que éste era el único administrador y, por lo tanto, el único sujeto capaz de contraer deudas contra ellos. En esta situación, es fácil de entender que, por una parte, los bienes responsables de estas deudas comunes fueran, no sólo sus bienes privativos, sino también los comunes y, por otra, que en caso de quiebra o de concurso de acreedores, éstos tuvieran que quedar necesariamente incluidos en la masa activa de tales procedimientos. No en vano, estaban llamados a responder directamente de las obligaciones «comunes» contraídas por el insolvente. La situación cambia cuando, en 1981, se atribuye a los cónyuges la administración conjunta de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, la potestad de endeudar al patrimonio ganancial. Deja, entonces, de tener sentido integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso de uno de los cónyuges, pues puede haber acreedores que debiendo satisfacerse sobre esa masa, no sean acreedores del concursado y, por ende, no puedan participar en el procedimiento. A pesar de lo dicho, este dato pasó desapercibido a algunos autores que, siguieron defendiendo después de la reforma que la masa ganancial quedaba integrada en la masa activa del concurso de cualquiera de los cónyuges⁸².

Lamentablemente, estas consideraciones no fueron tomadas en cuenta durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley concursal. Es más, las críticas que suscitaba la solución por el tratamiento dispensado al cónyuge *in bonis* aumentaron, al quedar el

y 1386 CC). Sólo los bienes gananciales responden de esas deudas (arts. 1408, núm. 1 CC) y se consideran, por tanto, incluidos en la masa de la quiebra»; *ibid.*, p. 478. Nótese que, a pesar de la fecha de la edición manejada, esta referencia se hace tomando como base el régimen ganancial anterior a la reforma de 1981 y según el cual el marido tenía el poder exclusivo de administrar los bienes gananciales. Esto equivalía a decir que de todas sus deudas respondía tanto su patrimonio privativo como la masa ganancial.

⁸¹ Respecto de la naturaleza y posición en el concurso de los bienes dotales y parafernales, v. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado*, pp. 98-99; GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de la legislación comercial de España a base del Código de Comercio*, t. VI, Barcelona, 1930, pp. 319-322. Recientemente, ARIAS VARONA, *Derecho de separación*, pp. 216-224. Una curiosa sentencia relativa a la posición de los bienes parafernales de la esposa en la quiebra del marido, a la sazón, socio de una sociedad colectiva, es la STS 10 de abril de 1901, comentada por DÍEZ-PICAZO, L., «Bienes parafernales: quiebra del marido y responsabilidad de los frutos y rentas de los parafernales: De Diego Bohling c. Arbós y otros; col. leg. núm. 93, p. 495», en *Estudios de jurisprudencia civil*, v. III, 3.^a edición, Madrid, 1981, pp. 116 ss., p. 118, donde se pone de manifiesto que ni los parafernales, ni los frutos del mismo han de responder del pasivo del esposo.

⁸² Por ejemplo, RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, 2.^a edición, Barcelona, 1998, p. 1429, recogiendo una opinión del profesor Garrigues que se refería al régimen ganancial anterior a la reforma de 1981.

patrimonio ganancial, en buena medida, al margen del concurso (v. art. 76 PLC).

En efecto, en el Proyecto de Ley concursal, el patrimonio ganancial quedaba afectado por el concurso de uno de los cónyuges de la siguiente forma: por la sola declaración de concurso, la sociedad de gananciales quedaba disuelta (art. 76.2 PLC); se abriría entonces la liquidación del patrimonio ganancial que se producía en pieza separada y acumulada al procedimiento conforme a las reglas propias de la liquidación de los gananciales (arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC). En dicha liquidación se procedía a la satisfacción de los créditos que hubieran de realizarse con cargo a dicho patrimonio –en concreto, de las obligaciones gananciales–, y si quedaba algún remanente se procedía al reparto entre los cónyuges. Como no podía ser de otra forma, la parte correspondiente al cónyuge concursado quedaba integrada en la masa activa del concurso *ex* artículo 76.2 PLC.

Admitir que el patrimonio ganancial pudiera liquidarse al margen del procedimiento era tanto como reconocer que una parte del patrimonio del deudor –esto es, la que viene dada por su cuota en los gananciales que, además, *suele ser la más sustanciosa*–, pudiera sustraerse al concurso. En definitiva, esto supondría aceptar que determinados individuos podrían ver satisfechas sus pretensiones con cargo a dicho patrimonio fuera del procedimiento. Dejando al margen el derecho del cónyuge *in bonis* (v. *supra* III.3 y 4), esto resultaría particularmente grave en el caso de los acreedores del concursado que fueran titulares de obligaciones gananciales, pues podrían cobrarse sobre ese patrimonio sin someterse a la disciplina del concurso. Esta situación contrastaría con el tratamiento reservado a los acreedores privativos de ese cónyuge, que sólo podrían realizar sus créditos dentro del concurso sobre la parte de los gananciales que resultara de la liquidación (v. art. 76.2 PLC). Y ello a pesar de que el patrimonio ganancial habría de responder provisionalmente de las deudas privativas de los cónyuges cuando sus patrimonios privativos fueran insuficientes, como sucedería en el caso de haber sido declarado en concurso (art. 1373 I CC)⁸³.

Para salir al paso de las críticas vertidas contra esta solución, se optó por modificar el precepto durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley⁸⁴. Dicha modificación pasaba, por una parte, por incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso

⁸³ ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932.

⁸⁴ Respecto de la redacción definitiva del precepto, v. MERCADAL, F., «Comentario al artículo 77 LC», *Nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.ª edición, Barcelona, 2004, pp. 399 ss., p. 401.

siempre que hubieran de responder de las obligaciones del concursado⁸⁵; y por otra, por convertir la disolución automática de la sociedad de gananciales en una disolución facultativa, más acorde con lo dispuesto en el régimen extraconcursal (v. arts. 1373 CC y 541.3 LEC)⁸⁶. La integración en la masa activa del concurso operaría, entonces, como un detonante para que el cónyuge *in bonis* pudiera separar el valor que le correspondería en el patrimonio conyugal (v *supra* III.2).

En su redacción definitiva, el artículo 77 LC integra en todo caso el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. Con esta solución, todos los titulares de una pretensión frente al cónyuge concursado –sean obligaciones gananciales, o sean deudas privativas– deberán pasar por el concurso para obtener satisfacción. Que los bienes gananciales queden sometidos al concurso no significa que, sin embargo, pueda ignorarse la realidad que define la posición jurídica de cada grupo de acreedores, esto es, *que existe una separación entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos que limita las posibilidades de agresión de los acreedores privativos del cónyuge insolvente sobre el patrimonio ganancial*⁸⁷. Como vamos a ver inmediatamente, esta realidad subsiste tanto cuando el cónyuge *in bonis* solicita la disolución de la sociedad de gananciales [v. *infra a*)], como cuando guarda silencio [v. *infra b*)].

⁸⁵ Véase la enmienda núm. 621 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que fue la que finalmente resultó acogida en la redacción definitiva del artículo 77.2 LC. El cambio de redacción se justificó con una escueta referencia a «una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del Código civil, en especial del 1373 y del 541.3 (*sic*) aplicables en caso de ejecuciones singulares». Como ya hemos visto, esta justificación resulta muy adecuada para la otra modificación introducida, a saber, la supresión de la disolución automática por la sola declaración de concurso. Esta enmienda está publicada en el «BOCG» de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Se hace eco de los avatares que sufrió la norma durante su tramitación parlamentaria, VÁZQUEZ ALBERT, D., «Comentario al artículo 77 LC», en SAGRERA, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 979 ss., p. 982.

⁸⁶ En este punto, es recomendable la lectura de la enmienda núm. 301, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. En ella se proponía suprimir la disolución automática de los gananciales a resultados del concurso para evitar inconsistencias normativas, ya no sólo con el régimen del Código civil, sino también con la propia Ley Concursal, que en algunos preceptos partía de la subsistencia de la sociedad de gananciales durante el concurso (v. art. 40.6 LC, al delimitar el alcance de la intervención y de la suspensión, y proyectarla sobre las facultades de disposición y administración del concursado sobre la sociedad de gananciales). Esta enmienda está publicada en el «BOCG» de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, que puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Se manifestó en idéntico sentido, BELTRÁN, *Estudios sobre ALC 2001*, pp. 160-161.

⁸⁷ Sin embargo, a juicio de ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, pp. 362-363, estos datos deberían llevarnos a concluir que la Ley Concursal no consideraría que el patrimonio ganancial fuera un patrimonio separado, sino más bien una calificación que impondría un determinado régimen de administración y de disposición.

a) *Cuando el cónyuge in bonis solicita la disolución de la sociedad de gananciales*, la integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso no elimina, en lo esencial, su ajenidad respecto de la insolvencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor. Pero, además, tampoco afecta a la preferencia de las obligaciones gananciales sobre las privativas, ni al derecho del cónyuge *in bonis* a recibir su cuota de liquidación.

En efecto, lo primero que debemos dejar claro es que, como patrimonio ajeno a la insolvencia del cónyuge deudor, *la liquidación del patrimonio ganancial se lleva a cabo en una pieza separada y sometida a sus propias reglas* (arts. 77.2 y 21.1.7.º LC)⁸⁸. Y a la misma solución habrá que llegar por analogía en el caso de que la disolución sea instada por el cónyuge *in bonis* al amparo del artículo 1393 CC (v. *supra* III.2). Con la nueva redacción dada al artículo 77.2 LC, el patrimonio ganancial pasa de estar fuera del concurso y liquidarse de forma acumulada al procedimiento (art. 76.2 PLC), a estar dentro del procedimiento para liquidarse en una pieza separada del mismo. La posibilidad de realizar el patrimonio ganancial en una pieza separada del concurso y conforme a sus propias reglas no constituye ningún elemento extraño a la Ley Concursal. Una solución similar se contempla para otros casos en los que el legislador ha optado por excluir del régimen concursal la realización de determinados bienes. Esto es, por ejemplo, lo que sucede en el caso de determinadas garantías reales constituidas sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor: una vez que se levanta la suspensión de las ejecuciones, se permite realizar el bien en pieza separada conforme a las reglas que le son propias (v. arts. 56 y 57 LC). Entonces, no ha de sorprendernos que esta solución también haya sido utilizada por el legislador para dar cauce a la liquidación del patrimonio ganancial que, en buena medida, es ajena a la insolvencia del patrimonio privativo.

En contra de esta lectura de la norma no puede objetarse que, tras las modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria, no quedaría ninguna referencia en la ley a las reglas conforme a las cuales habría de llevarse a cabo dicha liquidación⁸⁹.

⁸⁸ Entre otros, v. ROCA, E., «El concurso del deudor persona física», *RJC*, 2004, núm. 4, pp. 1077 ss., p. 1092; BONET NAVARRO, A., «Comentario al artículo 21 LC», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115 de la Ley 22/2003), Madrid, 2004, pp. 212 ss., p. 215; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss., pp. 1566-1567.

⁸⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios legislación concursal*, II, pp. 1556 y 1574-1575, crítica la supresión de la referencia a los artículos 1373 CC y 541.3 LEC y su sustitución por otra referencia más confusa, que, a su juicio, carece de contenido.

Una vez que ésta se lleva a cabo a través de un cauce procesal diferenciado del procedimiento principal, como es la pieza separada, dicho sigilo ha de considerarse un silencio elocuente del legislador. Así, a falta de previsión expresa, habrá que entender aplicables las reglas generales de liquidación del patrimonio ganancial (arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC)⁹⁰. La solución expuesta es, además, coherente con la lógica inherente al derecho concursal, que debe limitarse a establecer aquellas previsiones necesarias para resolver los problemas de acción colectiva que plantea la satisfacción de un conjunto de acreedores sobre un patrimonio insolvente. Pues bien, puesto que el patrimonio que se liquida es un patrimonio solvente, ajeno a este tipo de problemas, no resulta necesario establecer reglas particulares que ordenen la liquidación. El silencio del legislador constituye, entonces, una remisión sigilosa a ese régimen legal⁹¹.

En contraste con lo que acabamos de ver, la disposición final 2.^a, regla 5.^a LC da una nueva redacción al precepto que establece las consecuencias jurídicas de declarar en concurso a un socio colectivo, esto es, la disolución de la sociedad salvo que los demás socios acuerden otra cosa (art. 222.3 CCO). Sorprendentemente, allí se ordena que *la liquidación del patrimonio social se lleve a cabo, fuera del concurso, pero conforme a las normas previstas en el capítulo II, del título V de la Ley Concursal*. A nuestro juicio, siendo la sociedad colectiva una sociedad solvente, no hay ninguna razón para someter su patrimonio a las reglas de liquidación concursal⁹². Lo más razonable será, como acabamos de indicar, que esta liquidación se lleve a cabo conforme al régimen extraconcursal contemplado en el Código de Comercio (arts. 226 a 237 CCO). Además, mantener otra cosa generaría una contradicción de valoración insoportable, pues mientras que la sociedad colectiva tendría que liquidarse conforme a las reglas del concurso, la sociedad civil –para la que no se incluye una previsión de este tipo–, podría liquidarse siguiendo su régimen extraconcursal. Para salvar esta situación, entendemos que ambas sociedades deberán liquidarse siguiendo el régimen extraconcursal. Eso exige *reducir teleológicamente la disposición adicional segunda LC a fin de limitar los efectos del concurso sobre la liquidación de la sociedad colectiva a aquellos que son razonables, esto es, a los destinados a garantizar que se transfiera el valor de la cuota de liquidación a la masa activa del*

⁹⁰ CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 268.

⁹¹ Esta comprensión del derecho concursal como un derecho formal se encuentra cada vez más extendida. Procede del trabajo de JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986, pp. 16-26. Entre nosotros, nos permitimos remitir a BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, *passim*.

⁹² Así, GADEA SOLER, *Comentarios disp. final 2.^a, II*, p. 1811; sin embargo, luego considera que la solución está justificada por el carácter universal del concurso.

*concurso del socio*⁹³. Para ello, bastará con que se proceda a liquidar ordenadamente la sociedad colectiva, sin que sea preciso que se lleve a cabo una liquidación judicial, o que se sustituyan los administradores de la sociedad por los administradores concursales; asimismo no se aplicará la prelación concursal al pago de los acreedores de la sociedad. Eso sí, entrará en juego la preferencia de los acreedores de los socios colectivos sobre los acreedores privativos del socio concursado *ex* artículo 174 CCO, que, como sabemos, es una consecuencia necesaria de la separación existente entre ambas masas patrimoniales (*v. supra* II).

Aclarado este punto, debemos señalar que el legislador ha sido plenamente consciente de que esta liquidación en pieza separada del patrimonio ganancial puede generar *problemas de coordinación* con la explotación del patrimonio privativo del cónyuge insolvente. En particular, lo que ha detectado es que la liquidación del patrimonio ganancial puede interferir en la explotación eficiente de este conjunto de bienes afecto al pago de los acreedores concursales. Por eso ha exigido que esta liquidación se lleve a cabo *de modo coordinado, bien con aquello que se pacte en el convenio respecto de la explotación del patrimonio concursal, o bien con lo que, eventualmente, se establezca para la propia liquidación concursal*. Este mandato de coordinación sólo exige que se traten de compatibilizar las decisiones de explotación de los distintos patrimonios, *i. e.*, las que se toman en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales y las que se toman respecto de la explotación del patrimonio privativo del insolvente. En modo alguno supone la aplicación del régimen concursal a la liquidación de la sociedad de gananciales, ni el desconocimiento de los derechos correspondientes a los acreedores gananciales y al cónyuge *in bonis*.

A modo de ilustración, veamos un *ejemplo*. Piénsese en un empresario individual, franquiciatario de una cadena de comida rápida, que tiene cinco establecimientos. Sólo el primer establecimiento tiene carácter privativo, pues lo adquirió antes de contraer matrimonio. El resto de los establecimientos son gananciales, ya que fueron comprados con los beneficios obtenidos en la explotación del primer establecimiento (*v. arts.* 1347.3 y 1350 CC). Es evidente que en la liquidación del patrimonio ganancial quedarán incluidos los cuatro establecimientos, como lo es también que la liquidación de estos activos sin tomar en consideración lo pactado en el convenio o en la liquidación (*p. ej.*, un acuerdo de venta de la red de establecimientos con base en lo dispuesto en el art. 148 LC),

⁹³ Compartimos, así, las acertadas críticas expresada tanto por VELASCO SAN PEDRO, *Comentario disp. final 2.ª LC*, IV, p. 3657-3658, como por BELTRÁN/MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentario disp. fin. 2.ª LC*, II, pp. 3112-3113, que también proponen la reducción teleológica del precepto.

podría frustrar la explotación eficiente del patrimonio concursal (p. ej., la decisión de vender los cinco establecimientos, estratégicamente situados en la ciudad, a un competidor que aún no tuviera implantación en ella). El sentido de la norma se advierte aquí con toda claridad: la liquidación del patrimonio ganancial no debe frustrar la solución perseguida a través del concurso. Por lo tanto, la venta de los cuatro establecimientos gananciales deberá realizarse de forma coordinada con lo acordado en el convenio o en la propuesta de liquidación del patrimonio concursal (p. ej., adjudicando en la liquidación todos los establecimientos al concursado, bien en concepto de pago de su cuota, o bien si excedieran de ésta, a cambio de la correspondiente compensación económica; v. art. 1406.2 y 3, así como art. 1407 CC)⁹⁴.

En segundo lugar, puesto que mantienen su vigencia en el concurso las normas que reflejan la separación existente entre el patrimonio ganancial y el privativo, *se ha de respetar en dicho procedimiento el mejor derecho de cobro sobre el patrimonio ganancial que se reconoce a las obligaciones gananciales*. La integración de este patrimonio en la masa activa del concurso no les priva de su derecho a satisfacerse sin tener que concurrir con los acreedores privativos del insolvente. Tal y como disponía el artículo 76.2 PLC siguiendo lo previsto en los artículos 1034, 1401 y 1402 CC, los acreedores privativos del concursado quedan desplazados y no tienen más derecho sobre el patrimonio ganancial que el derecho a satisfacerse sobre la cuota de liquidación del cónyuge concursado. Así las cosas, las obligaciones gananciales se satisfarán en primer lugar, siguiendo el orden de prelación de créditos establecido en el Código civil que, en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, incorpora la preferencia de los créditos por alimentos (art. 1399 CC)⁹⁵. Una vez satisfechos estos créditos, se procederá a abonar la cuota de liquidación correspondiente al cónyuge *in bonis*.

⁹⁴ Se intuye en AA.VV., *La reforma concursal. Dossier práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2003, p. 64, aunque se propone la suspensión de las consecuencias de la disolución hasta que no haya convenio o liquidación.

⁹⁵ ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 503-504, considera que la liquidación del régimen ganancial debe respetar el (mejor) derecho de cobro de los acreedores consorciales, pero entiende que entre ellos se ordenan siguiendo el orden de prelación contemplado en el artículo 90 LC. A una conclusión similar llega CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 254 y 268-269. Sin embargo, BLANQUER, *CDC* 43 (2005), pp. 126-127, entiende que el pago se hará conforme a lo previsto en el convenio o en el plan de liquidación, conforme a la regla de la *par conditio* y sin que se pueda invocar el mejor derecho de cobro de los acreedores gananciales. MAGARIÑOS BLANCO, *Homenaje Olivençia*, II, pp. 2085-2086, parece limitar la aplicación del orden de prelación extraconcursal a las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*, que se satisfarían fuera del concurso.

Respecto del orden extraconcursal de prelación de créditos, es forzoso recordar que sigue pendiente de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prolación de Créditos en caso de ejecuciones singulares. Entre tanto, siguen vigentes los artículos 1921 a 1924 CC (con excepción de las letras A y G), así como ciertas reglas ubi-

Por fin, en tercer lugar, puesto que sigue vigente en el concurso la separación entre el patrimonio ganancial y el privativo, *no se puede pretender expropiar al cónyuge in bonis su derecho a la cuota de liquidación una vez que solicita la disolución de la organización*⁹⁶. Y es que, en realidad, éste no es un acreedor, sino el «dueño» de ese valor, que está legitimado para ponerlo a salvo de la agresión de los acreedores privativos del cónyuge aun cuando la liquidación de la organización se produzca al hilo de un procedimiento concursal (v. *supra* III.3 y 4). Siendo esto así, no podrá considerarse que el ejercicio de su derecho a obtener la cuota de liquidación que le corresponde perjudica injustificadamente a los acreedores concursales⁹⁷.

El caso del cónyuge *in bonis* no debe confundirse con el que se planteó durante la discusión de los textos prelegislativos, relativo a las cantidades retenidas por el concursado a cuenta del Estado (p. ej., a favor de la Hacienda Pública, o de la Tesorería General de la Seguridad Social, etc.). Para poder recuperar esas cantidades se había atribuido a dichos organismos un derecho de separación *ex iure dominii*. La crítica fue inmediata: difícilmente puede asignarse al Estado tal derecho cuando se trata de una cantidad de dinero retenida a su favor en las cuentas del concursado y, por lo tanto, de un derecho de crédito. Entonces, asignar al Estado un derecho de

cadadas en normas especiales. Este régimen de prelación será el que se aplique a la liquidación de la sociedad de gananciales con la corrección que introduce el artículo 1399 CC, respecto del crédito por alimentos.

⁹⁶ Sin embargo, SASTRE PAPIOL, S., «Comentario al artículo 84 LC», en SAGRERA TIZÓN, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 1033 ss., pp. 1040-1041, señala que la atribución de bienes queda supeditada a lo que resulte del convenio o de la liquidación. Asimismo, VÁZQUEZ ALBERT, *Comentario artículo 77 LC*, II, p. 984. En contraste, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario Legislación concursal*, II, pp. 1575-1577, manifiesta dudas acerca de cómo deba llevarse a cabo dicha coordinación y rechaza la tesis de la subordinación al convenio o a la liquidación concursal. Posteriormente, este autor, *id.*, *ADCo*, 5 (2005), pp. 97-98, insiste en que las deudas privativas del concursado sólo puedan ser satisfechas con cargo a la cuota que en la liquidación le corresponda.

⁹⁷ Considera también que el derecho del cónyuge *in bonis* a la cuota de liquidación se realiza por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado, ÁLVAREZ OLLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 934-935, e *id.*, *El patrimonio familiar*, I, p. 504, al que atribuye un derecho de separación *ex iure dominii*. Asimismo, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 269. En términos similares, entiende que de tratarse de bienes, el cónyuge gozará de un derecho de separación, pero de tratarse de valor, gozará de un crédito contra la masa BLANQUER, *CDC* 43 (2005), p. 131. Aunque se trata de ideas bastante bien orientadas, no terminamos de compartirlas. Desde el punto de vista concursal, el cónyuge *in bonis* titular de la cuota de liquidación no participa en el concurso, pues carece de pretensión frente al patrimonio insolvente. En rigor, participa en la liquidación de la sociedad de gananciales que se tramita al hilo del concurso y en la que se contempla la entrega de las cuotas correspondientes a los cónyuges una vez satisfechas las obligaciones gananciales en el marco de un procedimiento separado del concurso. Pues bien, al quedar la liquidación de los gananciales al margen del concurso –recordemos, se tramita en una pieza separada–, no será necesario reconocer al cónyuge *in bonis* ni un derecho de separación, ni la condición de crédito prededucible para que pueda obtener su cuota de liquidación.

separación *qua* dueño supondría atribuirle una preferencia en el cobro frente al resto de los acreedores que no se justificaría de ninguna forma. Pues bien, siguiendo esta misma línea argumental, podría afirmarse que el cónyuge *in bonis* tampoco estaría legitimado para «separar» ningún valor del concurso y que sólo dispondría de un derecho de crédito frente al concursado realizable dentro de éste junto al resto de sus acreedores privativos. Sin embargo, la clave para diferenciar uno y otro caso se encuentra, de nuevo, en *la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges*. En el caso de las retenciones practicadas por el concursado, se confunden los fondos del concursado depositados en sus cuentas y las cantidades retenidas a favor del Estado en esas mismas cuentas. Por ello, no se puede reconocer al Estado más que un derecho de crédito en el concurso del deudor. Por el contrario, *el derecho del cónyuge in bonis a su cuota de liquidación se proyecta sobre una masa patrimonial que se mantiene diferenciada del patrimonio insolvente, hasta el punto de que se liquida de forma separada respecto del concurso*. De ahí que el cónyuge *in bonis* pueda extraer de dicha masa patrimonial el valor que le corresponda en concepto de cuota de liquidación.

b) Cuando *el cónyuge in bonis no solicita la disolución del patrimonio ganancial*, su integración en la masa activa del concurso tampoco borra la separación existente entre ambos patrimonios. Ciertamente, las obligaciones gananciales y las obligaciones privativas del cónyuge insolvente habrán de concurrir sobre el patrimonio ganancial para satisfacerse y habrán de hacerlo en los términos establecidos en dicha ley. Ahora bien, *esta concurrencia sobre el patrimonio ganancial se produce incorporando una regla esencial en la definición de la relación entre ambos tipos de acreedores, a saber, que, sobre el patrimonio ganancial, las deudas de cargo de la sociedad de gananciales se realizan por delante de las deudas privativas de cónyuge concursado* (v. art. 1034 CC, en relación con el art. 1410 CC). Como ya sabemos, ésta es una consecuencia necesaria de la separación existente entre ambos patrimonios que ni la declaración de concurso, ni la integración del patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento pueden eliminar (v. *supra* II.3). Las reglas concursales de prelación de créditos, contempladas en los artículos 89 a 93 LC, habrán de actuar luego dentro de cada una de estas categorías de créditos⁹⁸.

Acabamos de comprobar que *la separación existente entre las distintas masas patrimoniales no se ve afectada por la integración*

⁹⁸ Sin embargo, BLANQUER, *CDC*, 43 (2005), p. 109, considera que las posiciones de unos y otros acreedores quedarían asimiladas al quedar sujetos a responsabilidad de los bienes gananciales. Reitera esta idea cuando afirma, *ibid.*, p. 127, que no cabe reconocer la preferencia de los acreedores gananciales sobre los privativos del insolvente por no estar expresamente reconocida en la ley (art. 89.2 LC).

en el patrimonio ganancial de la masa activa del concurso⁹⁹. A pesar de las críticas, esta solución es razonable pues supone tomar en consideración la existencia de una organización que define los derechos de los acreedores sobre los distintos patrimonios. Y, como decíamos en el caso del cónyuge *in bonis*, se reconoce a cada acreedor sus derechos tal y como se encontraban definidos antes de la declaración de concurso, en principio, no se puede considerar que se esté perjudicando a los acreedores afectados por la insolvencia del cónyuge deudor.

3. El caso particular de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio

La inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa de concurso cuando haya de responder del pago de los créditos concursales ha llevado a algunos autores a *entender derogadas las reglas contenidas en los artículos 6 a 12 CCO*. El argumento vendría a ser el siguiente: si el patrimonio ganancial ha de quedar incluido en la masa activa del concurso siempre que deba responder de las obligaciones del concursado, no se podría invocar ninguna limitación de responsabilidad, pues impediría que quedara integrada en la masa activa del concurso aquella parte del patrimonio liberada de dicha responsabilidad. Esto es tanto como decir que primaría una norma de «orden público», como sería la integración en la masa activa del procedimiento, sobre la posibilidad de limitar por vía de pacto la responsabilidad de los gananciales en caso de ejercicio de una actividad comercial. Por ello, se afirma que estos preceptos han quedado derogados por la Ley Concursal¹⁰⁰.

⁹⁹ Sin embargo, CABANAS, *El patrimonio familiar*, I, pp. 468-469, considera que la Ley Concursal no da pie para quebrar la unidad de la masa activa y formar preferencias de ciertos acreedores sobre ciertas masas. Para Cabanas la solución estaría en repartir los bienes por mitad, formar una masa activa única y contra esa masa reconocer cualquier crédito contraído por el insolvente, con independencia de que sea consorcial o no. No obstante, para hacer eso hay que disolver y liquidar los gananciales, pagar los créditos de cargo de la sociedad de gananciales y, finalmente, asignar a cada cónyuge su parte. De este modo, como ya hemos visto, se está haciendo efectiva la preferencia de los créditos de la organización frente a los créditos privativos de los miembros.

¹⁰⁰ Llega a esta conclusión respecto del Proyecto de Ley, YAÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2002), p. 5. También lo hace BELTRÁN, *Estudios ALC 2001*, p. 162, pero a la vista de la unificación procedimental que impone la Ley Concursal. Ya con relación al texto definitivo de la ley, entiende que sólo han de incluirse en el concurso los bienes que respondan de los créditos concursales SASTRE PAPIOL, *Comentario artículo 77 LC*, p. 419, quien, además, considera que de no mediar capitulaciones en contra, no sólo habrán de incluirse en la masa activa del concurso las resultas, sino cualquier otro bien ganancial. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario legislación concursal*, II, p. 1562, sostiene que cuando haya revocación expresa del consentimiento del cónyuge no comerciante, los bienes a incluir en la masa del concurso son los obtenidos con las resultas de dicho comercio. En la

Sin embargo, *estos preceptos no sólo no han sido derogados, sino que mantienen su eficacia dentro y fuera del concurso*. La razón no se escapa: *la integración del patrimonio ganancial en el concurso no queda afectada por las limitaciones de responsabilidad que puedan pactar los cónyuges*. En efecto, cuando en el artículo 77.2 LC se ordena la integración del patrimonio ganancial dentro del concurso si responde de las obligaciones del concursado, se están tomando como referencia los límites máximos de su responsabilidad patrimonial. Sin embargo, no siempre los acreedores se benefician de esta extensión máxima. Claramente, no podrán beneficiarse de ella cuando, por vía de pacto, los cónyuges acuerden limitar la responsabilidad de los bienes gananciales respecto de un determinado tipo de endeudamiento (p. ej., el contraído en el ejercicio del comercio). Ahora bien, esta limitación es irrelevante para determinar qué bienes se integran en el patrimonio concursal. *Declarado el concurso de uno de los cónyuges, el patrimonio ganancial sobre el que opere tal limitación habrá de quedar igualmente incluido en la masa activa del procedimiento, pues por lo general seguirá habiendo acreedores frente a los que deba responder (i. e., las obligaciones gananciales «no comerciales» que haya contraído el cónyuge concursado, así como las privativas que no vayan a poder ser cubiertas con cargo a los bienes propios del mismo ex art. 1373 CC)*. Ahora bien, dada tal limitación, *no todos los acreedores podrán cobrarse sobre la totalidad de los bienes sometidos al concurso; en concreto, los acreedores afectados por la limitación de responsabilidad no podrán agredir los bienes que ésta pone a salvo*¹⁰¹.

Para ver estas cuestiones con más claridad, vamos a invertir algo de tiempo en recordar en qué términos pueden los cónyuges limitar la responsabilidad del patrimonio ganancial. Como es sabido, los artículos 6 a 12 CCO permiten *modular el grado de responsabilidad que se desea asumir por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante*. El grado mínimo de responsabilidad admitido por el ordenamiento es aquel en el que sólo responden de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio los bienes privativos del cónyuge comerciante y una porción de

misma línea, ORDUÑA/PLAZA, *Comentario artículo 77 LC*, I, p. 1410, o CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 177-179, vinculan la integración del patrimonio ganancial en la masa activa a las limitaciones de responsabilidad que se puedan establecer sobre el mismo.

¹⁰¹ En términos similares, ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 500: los acreedores por deudas derivadas del ejercicio del comercio se cobran sobre las resultas de los gananciales y con excepción de esas resultas, se les trata como acreedores privativos en la liquidación. En contra, v. ARNAU RAVENTÓS, *Concurso de persona casada*, pp. 41-42.

los bienes gananciales. Éstos son adquiridos como consecuencia del ejercicio de la actividad comercial, es decir, las controvertidas «resultas»¹⁰². De este modo, se deja a salvo al resto de los bienes gananciales de la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio. La lógica de permitir esta limitación de responsabilidad es evidente: evitar que el endeudamiento contraído a resultas del ejercicio del comercio, que es de cargo de la sociedad de gananciales, puedan agotar el patrimonio familiar¹⁰³. Sin embargo, para que opere dicha limitación es preciso que ambos cónyuges lo pacten en las correspondientes capitulaciones matrimoniales (art. 12 CCO), o bien que el cónyuge no comerciante se oponga expresamente a que las deudas contraídas en el ejercicio del comercio vinculen al resto de los gananciales (arts. 7 y 8 CCO). En este último caso, *se prima el interés del cónyuge no comerciante en limitar el riesgo al que queda expuesta la organización, frente al interés del comerciante en tener mayores activos que ofrecer en garantía del pago de sus deudas*. Sea como fuere, la consecuencia jurídica de cualquiera de estas actuaciones es que el patrimonio ganancial queda, en buena medida, liberado del gravamen que representa el endeudamiento derivado del ejercicio del comercio, pues sólo habrán de responder de éste las conocidas «resultas».

Se entiende, así, la remisión que hace el artículo 1365 CC al Código de Comercio, cuando dispone que los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad comercial según el régimen del Código de Comercio, esto es, conforme a lo que hayan pactado las partes en capitulaciones o en función de que se haya producido la oposición del cónyuge *in bonis*. Cuestión distinta es que, hoy por hoy, siga siendo útil esta forma de limitar la responsabilidad de esta forma (cuando existen mecanismos alternativos más precisos dentro del propio derecho de las organizaciones), o que esté justificado limitar esta posibilidad sólo a los comerciantes, dejando al margen a otros casos en los que la organización también puede verse expuesta a

¹⁰² Así, entre otros, v. LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 427; ROJO, A., «El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 2006, pp. 93 ss., pp. 102-103; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, 4.ª edición, Madrid, 2005, p. 218. El alcance de los bienes adquiridos por «resultas» del comercio no es pacífico. DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil* ⁴, pp. 218-219, nos proporciona una exposición actualizada de las tesis en conflicto. Se decanta por identificar las «resultas» con los bienes adquiridos en el ejercicio del comercio PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario artículo 1365 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ÁRES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 687 ss., p. 695. Esta línea es la que sigue DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil* ⁴, pp. 219-221.

¹⁰³ Desde luego, esta limitación no puede ser absoluta. Como bien señala DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil* ⁴, p. 220, «quien pretenda proteger hasta el extremo los bienes gananciales, no debe dedicarse al comercio. O en otro caso, tendrá que optar por el régimen de separación de bienes».

una elevada responsabilidad (p. ej., determinados profesionales liberales)¹⁰⁴.

A falta de dicha oposición, jugarán las reglas que presumen el consentimiento favorable de los cónyuges y que hacen responder a dichos bienes por las deudas derivadas de la actividad comercial (arts. 7 y 8 CCO). Entra, entonces, en juego una *responsabilidad de grado medio*, equiparable a la responsabilidad por cualquier otra obligación ganancial (art. 1365 CC *in fine*)¹⁰⁵. Éste es el *estándar típico u ordinario de responsabilidad*, pues es el que va a operar por defecto: en caso de silencio de los cónyuges, los acreedores comerciales pueden considerar todo el patrimonio ganancial afecto al pago de sus créditos.

Algunos autores consideran que la mención del artículo 6 CCO al consentimiento de ambos cónyuges para que queden obligados todos los bienes gananciales ha de entenderse referida al consentimiento del cónyuge no comerciante. Y es que –se afirma–, de sostener lo contrario, se estaría atentando contra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC). Así, se permitiría al cónyuge comerciante oponerse a que los créditos contraídos en el ejercicio del comercio se satisficieran con cargo al patrimonio ganancial y, por ende, con cargo a su parte en el mismo¹⁰⁶. Sin embargo, no podemos compartir esta conclusión. Cuando el comerciante se opone a que respondan los bienes gananciales de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, está, ciertamente, impidiendo que todo este conjunto de bienes responda directamente del pago de sus deudas. Ahora bien, eso no significa que los créditos resultantes del ejercicio de la actividad comercial no puedan realizarse sobre la parte que le corresponda en el patrimonio ganancial. A estos efectos, los acreedores afectados por esta limitación de responsabilidad no son de peor condición que los acreedores privativos del cónyuge comerciante, frente a los que sólo responde el patrimonio privativo de dicho cónyuge. Por lo tanto, sí podrán satisfacerse sobre su cuota en la sociedad de gananciales, previa disolución de ésta (art. 1373 I CC, *in fine*; art. 77.2 LC). Otra cosa es que el consentimiento del cónyuge comerciante para obligar a la totalidad de los gananciales haya que entenderse otorgado cuando no se manifieste expresamente en contra. Y es que, cuando éste ejerce el comercio sin limitar su responsabilidad, está asumiendo que actúa bajo el régimen general de responsabilidad aplicable a este tipo de deudas, es decir, responsabilidad de la

¹⁰⁴ CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 157.

¹⁰⁵ ROJO, *Curso*, I², p. 103; LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 428.

¹⁰⁶ Por ejemplo, v. LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 427; GARCÍA VILLAVERDE, R., «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, núm. 165-166, pp. 497 ss., pp. 510-511; y DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*⁴, p. 222. Desde otros argumentos, v. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.ª edición (revisada con la colaboración de A. Bercovitz), Madrid, 1976, pp. 281-282.

totalidad del patrimonio ganancial a la que habrá que sumar la de su patrimonio privativo (art. 1369 CC). Para limitar la responsabilidad del patrimonio de la organización, deberá entonces manifestarse su oposición (p. ej., a través de las capitulaciones matrimoniales)¹⁰⁷.

Por fin, *la máxima responsabilidad patrimonial* se alcanza cuando se compromete el patrimonio privativo del cónyuge no comerciante para garantizar las deudas derivadas del ejercicio del comercio. A tal fin, es imprescindible que el cónyuge no comerciante manifieste su consentimiento expreso (art. 9 CCO). Esta posibilidad de ampliar la responsabilidad puede ser de gran utilidad en ciertos supuestos, pues confiere al cónyuge comerciante la oportunidad de programar un refuerzo patrimonial *ad hoc*, esto es, para un tipo acto o de actos concretos (p. ej., para la solicitud de préstamos con los que financiar determinadas actuaciones)¹⁰⁸. Se reducen así los costes de buscar otros sujetos extraños que intervinieran para reforzar su posición.

Volviendo al terreno concursal, *la limitación de responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio jugará dentro del concurso siempre que los cónyuges lo hayan pactado en capitulaciones, o siempre que se haya manifestado la correspondiente oposición antes de la declaración de concurso, y todo ello conste con la debida publicidad*. Habiéndose optado por dicha limitación, habrá acreedores que sólo podrán satisfacerse sobre los bienes gananciales que tengan la condición de «resultas» del ejercicio del comercio (p. ej., las deudas procedentes de tal actividad cuando se haya pactado dicha limitación), mientras que habrá otros que podrán satisfacerse sobre todos los bienes gananciales (p.ej., las demás obligaciones gananciales). La administración concursal deberá tomar en consideración los pactos existentes entre los cónyuges para separar los distintos tipos de créditos, así como los bienes que habrán de responder frente a ellos (p. ej., inexistencia de limitación de responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio y, por lo tanto, posibilidad de satisfacerse sobre el patrimonio ganancial). Por fin, *puede haber acreedores que, además del patrimonio ganancial, puedan agredir el patrimonio privativo del cónyuge in bonis*. En tal caso, es evidente que ese

¹⁰⁷ En términos parecidos, ILLESCAS, R., «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 284 ss., p. 293.

¹⁰⁸ ASÍ, LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 429; PEÑA, *Comentario artículo 1365 CC*, II, p. 696; GARCÍA VILLAVARDE, *RDM*, 1982 (165-166), p. 514; DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil* ⁴, p. 223. Sin embargo, GARRIGUES, *Curso*, I ⁷, pp. 281-282, entendía con apoyo en el viejo artículo 21.7 RRM, que «en cada caso», habría de leerse como «en todo caso».

patrimonio no habrá de quedar integrado en la masa activa del concurso, pues se trata de bienes ajenos, y aunque responsables de parte del endeudamiento concursal, extraños a la definición de la masa activa del concurso¹⁰⁹. En estos supuestos, la situación del patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* no sería muy distinta a la del patrimonio de un garante solidario. Por ello, los acreedores frente a los que responda estarán legitimados para realizar su pretensión frente a dicho patrimonio, con independencia de que puedan ser comunicados al concurso como créditos concursales.

Estas conclusiones son la prueba definitiva de que *el Código de Comercio no establece un patrimonio separado para el ejercicio de la actividad comercial*¹¹⁰. Si así lo hiciera, los créditos cuyo origen se encontrara en dicha actividad tendrían preferencia en el cobro sobre ese patrimonio separado –v.gr., el integrado por los bienes adquiridos a resultados del ejercicio del comercio–, respecto del resto de los acreedores gananciales. Sin embargo, acabamos de ver que esto no es así. Sobre las resultas del ejercicio del comercio concurren al mismo nivel tanto los créditos contraídos en el ejercicio de éste, como el resto de las obligaciones gananciales. Y sólo cuando los cónyuges no lo consientan, el resto del patrimonio quedará liberado de responder frente a las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad comercial. La instauración de esa separación patrimonial sí sería, en cambio, posible si los cónyuges constituyeran una sociedad para la explotación de la empresa familiar¹¹¹.

V. LA MASA PASIVA DEL CÓNYUGE CONCURSADO

1. Deudas privativas *versus* obligaciones gananciales

El pasivo de una persona casada en régimen de gananciales se compone, básicamente, de dos partidas: la primera, las deudas privativas, y la segunda, las obligaciones gananciales. Las *deudas privativas de cada cónyuge* se definen por exclusión: son aquellas frente a las que sólo responden definitivamente los bienes propios de éste. En esta categoría se incluyen, por ejemplo, las deudas pro-

¹⁰⁹ Sin embargo, a juicio de VÁZQUEZ ALBERT, *Comentario artículo 77 LC*, II, p. 983, en tanto que bienes responsables, deberían quedar integrados en la masa activa, aunque reconoce que la literalidad del artículo 77.2 LC dificulta enormemente esta interpretación. A una conclusión similar parece llegar ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, p. 367.

¹¹⁰ No obstante, v. ILLESCAS, *Estudios homenaje Uría*, p. 309, considera que la división instaurada entre los bienes gananciales lleva a la creación de «un verdadero patrimonio separado».

¹¹¹ Así, v. GONDRA, *Libro Homenaje Sánchez Calero*, I, pp. 252-255.

cedentes de anteriores matrimonios, las deudas resultantes de delitos o de faltas, así como las deudas contraídas fuera del ámbito del poder de obligar a la sociedad conyugal. Además, el Código civil atribuye carácter privativo a las deudas derivadas de obligaciones extracontractuales que no sean de cargo de la sociedad de gananciales *ex* artículo 1366 CC, a las deudas de juego (art. 1372 CC) y, en línea de principio, a las deudas hereditarias (art. 995 CC). Estas deudas se satisfacen con cargo al patrimonio privativo del cónyuge deudor; no obstante, la sociedad de gananciales también responderá de modo subsidiario y provisional cuando no puedan ser satisfechas con cargo al patrimonio privativo del deudor (art. 1373 I CC)¹¹².

En contraste, son *obligaciones gananciales aquellas deudas de las que responde directamente el patrimonio ganancial*. Estas obligaciones son típicamente las contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro (art. 1367 CC). Pero también surgen cuando un solo cónyuge las contrae en el ejercicio de alguna de las siguientes potestades: la potestad conyugal orgánica [*v. gr.*, la potestad doméstica para atender a las necesidades ordinarias de la familia (art. 1319 CC) y la potestad de amparo del otro cónyuge y de los hijos (art. 1386 CC)]; la potestad de gestión de los gananciales que por ley o por capítulos le corresponda (*v.*, por ejemplo, a resultas de la administración de los gananciales que estén a su nombre); o la potestad de gestión de su esfera patrimonial propia (*v.* art. 1365 I.2 CC, respecto del ejercicio de la profesión, arte, oficio o de la gestión de sus bienes privativos). Asimismo, nace una obligación ganancial cuando uno de los cónyuges incurre en responsabilidad extracontractual en beneficio de la sociedad o en el ámbito de su administración sin que concurra culpa grave o dolo (art. 1366 CC)¹¹³.

Como anticipábamos al comienzo de este trabajo, *ad extra* el patrimonio ganancial y el patrimonio del cónyuge deudor responden al mismo nivel de las deudas gananciales. En algunos casos, esta responsabilidad conjunta del patrimonio ganancial y del patrimonio privativo del cónyuge deudor se ve reforzada por la *respon-*

¹¹² Por todos, *v.* PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, pp. 705-706. Es forzoso llamar la atención sobre las dificultades que plantea el tratamiento de las deudas de juego, así como sobre la interpretación correctora que ha llevado a cabo tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto de la literalidad de los artículos 1371 y 1372 CC. Para la proyección de estas reglas en el ámbito concursal, *v.* ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 498: la masa común se integra en la masa activa del concurso cuando esos bienes deban responder de las obligaciones del concursado, esto es, en la medida en que haya deudas que sean de responsabilidad *ad extra* de tales bienes.

¹¹³ Más extensamente, *v.* PEÑA, *Comentario artículo 1365 CC*, II, pp. 691-694.

sabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor. Esto es lo que sucede en el caso de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 II CC), así como de las contraídas en el ejercicio de la potestad de amparo de los hijos y del otro cónyuge (art. 1386 CC). Ahora bien, esta responsabilidad conjunta *en el plano externo del patrimonio ganancial junto con el patrimonio privativo de los cónyuges se deshace en el plano interno.* Sólo las deudas de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales están llamadas a ser finalmente soportadas por el patrimonio ganancial y son, por lo tanto, *las cargas patrimoniales de la organización* (v. arts. 1319 II, 1362, 1363 y 1366 CC).

Para restaurar el equilibrio en los distintos patrimonios separados cuando uno de ellas responde de una deuda que debería soportar otro, el ordenamiento jurídico establece un *elaborado sistema de derechos de reintegro* (v. arts. 1319 III, 1364 y 1403 CC). Así, en caso de que con cargo al patrimonio ganancial se atienda al pago de una deuda, ganancial o privativa, que hubiera de haber sido satisfecha con cargo al patrimonio de uno de los cónyuges, se generará un *derecho de reintegro frente a éste* (respecto de determinadas deudas gananciales, v. art. 1362.1.2 CC; respecto de las deudas privativas, v. art. 1373 II CC; v. también en ambos casos art. 1397.3 CC)¹¹⁴. Por el contrario, en aquellos casos en los que el patrimonio privativo de uno de los cónyuges anticipe el pago de deudas que sean de cargo de la sociedad de gananciales, ese derecho de reintegro surgirá en sentido inverso (arts. 1319 III, 1364 y 1398.3 CC)¹¹⁵.

2. Obligaciones gananciales y créditos concursales

La descripción de todas estas obligaciones tiene importancia a fin de poder determinar *cuáles de ellas tienen la consideración de créditos concursales* y, por lo tanto, están legitimadas para ser satisfechas dentro del concurso del cónyuge insolvente. Sin embargo, al abordar esta cuestión lo primero que hay que poner de manifiesto es que la Ley Concursal no ha establecido una definición de lo que ha de entenderse por crédito concursal. A diferencia de lo que sucede en otras normas contemporáneas, el legislador no defi-

¹¹⁴ PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, p. 707; *id.*, *Comentario artículo 1358 CC*, p. 676.

¹¹⁵ PEÑA, M., y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario artículo 1364 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 686 ss., p. 686.

ne qué son créditos concursales. No obstante, siguiendo a la mejor doctrina, se puede afirmar que lo son *aquellas pretensiones de carácter personal y con contenido patrimonial que hayan nacido antes de la declaración del concurso*¹¹⁶. De esta afirmación se deduce que son tres los elementos que son claves para definir estos créditos, a saber, el elemento personal, el patrimonial y el temporal [v. *infra a)-c)*]. Vamos a detenernos un momento en el examen de cada uno de ellos.

a) El elemento *personal* se refiere al *carácter obligacional* de la pretensión y se contrapone al carácter real de otras pretensiones (p. ej., la restitución de un bien de dominio ajeno). Y es que el titular de una pretensión de carácter real tiene atribuidas otras facultades en el concurso (p.ej., un derecho de separación como dueño *ex art. 80 LC*). Particular es el caso de los acreedores que sean titulares de garantías reales, pues gozan de una doble pretensión: una de carácter puramente obligacional al cobro del crédito contra el patrimonio del deudor; y otra de carácter real a la realización del bien entregado en garantía¹¹⁷. En la Ley Concursal española, esta última pretensión resulta limitada en no pocos casos, mientras que, en otros, resulta directamente excluida (v. arts. 56 y 57 LC).

b) El *elemento patrimonial* se refiere a la *posibilidad de valorar la pretensión económicamente, esto es, en dinero* (art. 88 LC). Por lo tanto, no serán créditos concursales y, en consecuencia, no podrán participar en el procedimiento aquellas pretensiones que no sean susceptibles de dicha valoración. Este es, por ejemplo, el caso de los derechos de la personalidad (p.ej., el derecho al nombre, el derecho a la investigación de la paternidad, etc.), de los derechos potestativos, de las obligaciones personalísimas, o de las obligaciones de no hacer (p. ej., un pacto de no competencia), etc.¹¹⁸.

c) El *elemento temporal* reserva la condición de concursales a *aquellas pretensiones nacidas antes de la declaración de concurso*. No obstante, entra dentro de esta definición cualquier deuda contraída después de esa fecha, *que traiga su causa en una obligación nacida o fundada en fecha anterior*. Éste es el caso de los

¹¹⁶ Por todos, v. BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 49 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 989 ss., pp. 991-992. En la literatura alemana, v. UHLENBRUCK, W., en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2003, § 38 Rdn. 1, p. 777.

¹¹⁷ Este fenómeno está claro en la doctrina alemana. Así, v. UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 Rdn. 4, p. 779.

¹¹⁸ En la literatura alemana, en detalle, v. UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 Rdn. 19-38, pp. 784-795. Entre nosotros, BERMEJO, N., «Comentario al artículo 88 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1578 ss., pp. 1581, 1587-1589.

créditos que «se devengan» después de la declaración de concurso [p. ej., las deudas por intereses postconcursoales *ex art. 59 LC*; las deudas por responsabilidad derivadas del incumplimiento de un contrato –aunque no siempre lo haya entendido así la ley (v. art. 84 LC)–; o las deudas por responsabilidad extracontractual derivadas de ilícitos ocurridos antes del concurso, pero manifestados una vez abierto éste]. A tales efectos, la existencia de una mera expectativa de derecho es apta para entender que existe un fundamento antes de la declaración de concurso y que, por lo tanto, hay un crédito concursal que puede ser satisfecho dentro del procedimiento¹¹⁹. Caen, claramente, fuera de la definición todas aquellas pretensiones que no estén fundadas antes de la declaración del concurso.

Si trasladamos estos criterios al tema que nos ocupa, es evidente que *además de las obligaciones privativas del cónyuge concursado, tendrán la consideración de concursales las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado. Que sean o no de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales es irrelevante a estos efectos*. Este dato sólo tiene interés para asignar los correspondientes derechos de reintegro en los términos ya indicados (v. *supra* 1). En contraste, no pueden ser créditos concursales ni las deudas privativas del cónyuge no concursado, ni las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis* aun cuando sean a cargo de la sociedad de gananciales¹²⁰. En ambos casos, falta un *prius* lógico para atribuirles esa condición, a saber, que se trate de deudas contraídas por el deudor insolvente y de las que tenga que responder *ex artículo 1911 CC*¹²¹. La excepción viene dada por las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* que, siendo de cargo de la sociedad de gananciales, se beneficien de la responsabilidad patrimonial subsidiaria del patrimonio del concursado

¹¹⁹ UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 Rdn. 6-19, pp. 779-784; BERMEJO, *Comentario artículo 88 LC*, I, pp. 1593-1595.

¹²⁰ Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *ADCo*, 5 (2005), p. 84, considera que sólo deben quedar excluidas de tal mención las obligaciones privativas contraídas por el cónyuge *in bonis*. A pesar de los criticables efectos que produce el artículo 84.1 LC, a nuestro juicio, no hay argumentos en la literalidad de la norma para sostener tal interpretación. Las deudas típicamente a cargo de la sociedad de gananciales son las obligaciones gananciales, frente a las que responde *ad extra* junto con el patrimonio del cónyuge. En el caso de las deudas privativas, el patrimonio ganancial sólo responde subsidiariamente, esto es, cuando en el patrimonio privativo no hay valor suficiente. Por ello, la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que el artículo 84.1 LC se refiere principalmente a las primeras, con los efectos que ya conocemos.

¹²¹ Así, por ejemplo, v. MERCADAL, F., «Comentario del artículo 84 LC», en *La nueva Ley Concursal. Ley 22/2003 de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 420 ss., p. 422; ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932, *id.*, *El patrimonio familiar*, I, pp. 500-501, o VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Comentario al artículo 84 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 650 ss., p. 652, y «Comentario al artículo 86 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 676 ss., p. 683.

(v., p. ej., art. 1319 CC)¹²². En estos casos, también el cónyuge concursado responde personalmente de su satisfacción y, en consecuencia, la pretensión tendrá la condición de crédito concursal contingente, esto es, sometido a la condición suspensiva de que no pueda ser satisfecho ni con cargo a los bienes propios del cónyuge *in bonis*, ni con cargo al patrimonio ganancial (art. 87.5 LC)¹²³.

Inicialmente, el Proyecto de Ley proponía una *solución simétrica* para el tratamiento de las obligaciones gananciales en caso de insolvencia de uno de los cónyuges: puesto que el concurso no afectaba al patrimonio ganancial –que no quedaba sometido al concurso (art. 76.2 PLC)–, tampoco afectaría en principio a los créditos que debieran realizarse sobre el mismo. Entonces, las obligaciones gananciales podrían satisfacerse sobre estos bienes al margen del procedimiento (v. art. 83.1, segundo inciso, PLC)¹²⁴.

El problema se planteó cuando al modificar la composición de la masa activa del concurso no se toma en consideración la regla que determinaba la composición de la masa pasiva y que, como ya hemos indicado, partía de la idea de excluir del concurso al patrimonio ganancial. Se introduce, entonces, una *asimetría en la regulación de la responsabilidad del patrimonio ganancial* que dificulta de manera extraordinaria la determinación del tratamiento que haya de darse a las obligaciones gananciales cuando se declara el concurso de uno de los cónyuges¹²⁵.

En efecto, si consideramos que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* no son créditos concursales, habría que llegar –siguiendo el razonamiento–, a dos conclusiones: la primera, que estos créditos no podrían ser satisfechos en ningún caso en el concurso del cónyuge deudor, dentro del que, sin embargo, se habrían incluido todos los bienes gananciales; y la segunda,

¹²² En contra, ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932.

¹²³ Llega a la misma conclusión CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 141-142. Ya hemos expuesto el régimen de los créditos contingentes en otro lugar; así, nos permitimos remitir a BERMEJO, *Comentario artículo 87 LC*, I, pp. 1566-1568.

¹²⁴ Cuestión distinta era que estos créditos también pudieran realizarse solidaria o subsidiariamente sobre el patrimonio del cónyuge concursado, en cuyo caso sí que habrían de satisfacerse en el procedimiento abierto como créditos concursales. Sin embargo, censuraba esta opción tal y como se configuraba en el Proyecto de Ley concursal, YAÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2003), p. 2, pues consideraba que suponía limitar la condición de deudas concursales a las deudas privativas. Nada más lejos de la realidad. Como acabamos de indicar, un cuando el patrimonio ganancial quedaba fuera de la masa activa del concurso, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado seguían siendo créditos concursales. El Proyecto de Ley concursal está publicado en el «BOCG» de 23 de julio de 2002, núm. 101-1, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>.

¹²⁵ Pone de manifiesto la contradicción existente entre las reglas de integración de la masa activa y las reglas de integración de la masa pasiva, VALPUESTA, *Comentario artículo 86 LC*, pp. 683-684, nota núm. 8.

que deberían realizarse con cargo al patrimonio del cónyuge *in bonis*¹²⁶. Sin embargo, su exclusión de la categoría de los créditos concursales en modo alguno puede privarles de sus posibilidades de satisfacerse con cargo al patrimonio ganancial. Como veremos seguidamente, éstas permanecen intactas (v. *infra* 3).

3. La satisfacción de la obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*

La cuestión que plantea la satisfacción de estos créditos una vez declarado el concurso sobre uno de los cónyuges es, sin duda, una cuestión ardua. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, mantener la conclusión que acabamos de ver conduciría a una importante contradicción de valoración: aquellos acreedores que hubieran tenido la fortuna de contratar con el cónyuge concursado podrían participar en el concurso de éste y satisfacer su crédito con cargo al patrimonio ganancial. Por el contrario, aquellos otros acreedores que hubieran tenido la desventura de contratar con el cónyuge *in bonis* no podrían participar en el concurso y, lo que a nuestro juicio es más grave, resultarían preteridos en la liquidación del patrimonio ganancial¹²⁷. En efecto, una solución como ésta impediría que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*, se satisficieran conforme a lo previsto en el régimen común, a saber, al mismo nivel tanto sobre el patrimonio ganancial como sobre el patrimonio privativo del deudor. Entonces, en caso de que se mantuviera la sociedad de gananciales, su derecho de cobro quedaría subordinado a la previa realización de todos los acreedores de los que fuera deudor el cónyuge concursado; y, en caso de disolución, limitado al valor de la cuota de liquidación correspondiente al cónyuge *in bonis*, de la que previamente habría deducido la suya el cónyuge concursado.

¹²⁶ Pone de manifiesto esta incoherencia, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario legislación concursal*, II, p. 1568, e *id.*, «Comentario al artículo 84.1 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1657 ss., pp. 1660-1661. Coinciden en la crítica BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 84 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss., p. 1498, y CORDERO LOBATO, E. «Comentario al artículo 84 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), pp. 969 ss., p. 978. Sin embargo, apunta las dificultades de lograr una situación que equilibre los intereses concursales y los de los acreedores, GALÁN, C., «Comentario al artículo 84 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 845 ss., p. 850.

¹²⁷ Sin embargo, considera que se trata de una regla absolutamente lógica, BÉJAR, J., «Comentario al artículo 84 LC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, pp. 446 ss., p. 446.

El problema que plantea una solución de este tipo es que, a nuestro juicio, ignora absolutamente la estructura organizativa de la sociedad de gananciales que, como sabemos, reserva el patrimonio ganancial al pago de las obligaciones gananciales. Y ello, con independencia de que el crédito haya sido contraído por uno u otro cónyuge pues, como hemos visto, ambos tienen el poder de gravar el patrimonio ganancial.

En un esfuerzo muy loable, se han tratado de neutralizar las negativas consecuencias que se deducen de una interpretación literal de estos preceptos recurriendo a la *acumulación de concursos* (art. 25 LC). En efecto, lo que se propone es que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* se realicen sobre el patrimonio de éste y, si no fuera suficiente, que estos acreedores soliciten su concurso¹²⁸. Entonces, a través de la acumulación de ambos procedimientos concursales, se podría conseguir la satisfacción de estos acreedores sobre el patrimonio ganancial. En esta línea, se propone también abrir *el concurso sobre el patrimonio ganancial* de modo análogo a lo que sucedería en el caso de la herencia.

Sin embargo, a nuestro juicio, estas soluciones no terminan de resolver el problema. En el primer caso, la acumulación está llamada a resolver las dificultades de coordinación que plantea la declaración en concurso de dos sujetos estrechamente vinculados, como es el caso de los cónyuges o de dos sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas. Pero no termina de dilucidar la cuestión central que se manifiesta en este supuesto, esto es, la relativa a la responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge solvente. En efecto, aunque se acumule al primer concurso el concurso posterior del otro cónyuge, el patrimonio ganancial seguiría integrado en la masa activa del primer procedimiento y los acreedores gananciales del segundo cónyuge sólo podrían satisfacerse con el valor que restara tras su liquidación (si es que se produce). En ese caso, sólo se integraría en la masa activa del segundo concurso el valor de la cuota de liquidación correspondiente al segundo cónyuge¹²⁹. No se avanza, pues, mucho respecto de lo que sucedía cuando no se había abierto el concurso sobre el patrimonio del cónyuge *in bonis*. Además, aun cuando se lograra salvar esta dificultad, se trataría de una solución que impondría unos costes excesivos al cónyuge inicialmente solvente. En primer lugar, la satisfacción de estas deudas se llevaría a cabo a costa de someterlo a un procedimiento concursal que, entre otras desventajas, tiene unos importantes costes de administración,

¹²⁸ De esta opinión son, por ejemplo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario al artículo 84.1 LC*, I, p. 1661 y BLANQUER, CDC 43 (2005), pp. 122-123.

¹²⁹ En este sentido, es ilustrativa la afirmación de GARNICA MARTÍN, J., «Comentario al artículo 25 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A./FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, pp. 286 ss., pp. 293-294, quien sostiene que la acumulación de concursos no supone la liquidación conjunta de los patrimonios conyugales.

reputacionales, etc.; y en segundo lugar, este cónyuge sería declarado en concurso por unas deudas de las que podrían resultar cubiertas por el patrimonio ganancial al ser éste solvente (recuérdese que la declaración de concurso del primer cónyuge se produce a consecuencia de la insolvencia de su patrimonio privativo, no del patrimonio ganancial).

Por fin, aunque podría ser una propuesta interesante, a nuestro juicio, tampoco resulta definitiva la solución de abrir un concurso sobre el patrimonio ganancial. Dejando por un momento al margen la cuestión relativa a la aptitud de la sociedad de gananciales para ser declarada en concurso (v. *infra* VI), lo cierto es que la solución nos parece un tanto excesiva, pues partimos de un supuesto en que los bienes gananciales pueden ser suficientes para satisfacer todos los créditos de los que deba responder de forma definitiva. No estaría, entonces, justificado incurrir en los costes derivados de abrir un concurso que puede, incluso, menguar el patrimonio disponible para pagar esos créditos (p. ej., como consecuencia de los gastos que genera administrar ese concurso).

A la vista de lo anterior, la conclusión no ofrece dudas: a pesar de que el legislador ha tomado la decisión de incluir al patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, no cabe privar a los acreedores del cónyuge *in bonis* de la posibilidad de satisfacerse con cargo al mismo. Hay que encontrar la manera para que éstos puedan ser satisfechos en tanto que créditos de la organización. A tales efectos, podemos ya anticipar que su posición cambiará en función de que el cónyuge *in bonis* solicite la disolución de la sociedad de gananciales [v. *infra* a)], u opte por mantenerla tras la declaración de concurso del otro cónyuge [v. *infra* b)].

a) Si el cónyuge *in bonis* solicita la disolución de la sociedad de gananciales, como ya hemos indicado, se abrirá una pieza separada en la que se procederá a la liquidación de dicho patrimonio conforme a las reglas que le son propias (v. *supra* III.2). A esa liquidación están llamados todos los acreedores legitimados a realizar sus pretensiones sobre el patrimonio ganancial (v. arts. 1398.1, 1401 y 1402 CC). Entre ellos se incluyen las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*. La razón para admitir a tales créditos en la liquidación de esta organización es fácil de entender: las reglas que rigen la liquidación del patrimonio ganancial son reglas que hacen efectiva la separación existente entre el patrimonio de la organización y los patrimonios privativos de los cónyuges, reconociendo una preferencia en el cobro sobre el patrimonio ganancial a todas las obligaciones gananciales frente a los acreedores privativos de los cónyuges. No admitir en la liquidación a las obligaciones gananciales con-

traídas por el cónyuge in bonis sería tanto como prescindir de las reglas que ordenan la separación entre ambas masas patrimoniales, pues se permitiría a los acreedores privativos del insolvente cobrar por delante de determinados acreedores gananciales. Que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis no sean créditos concursales y, por ende, no puedan ser comunicados al concurso en el que se lleva a cabo la liquidación no constituye ningún obstáculo. Ya hemos visto que la liquidación de este patrimonio, cuando es solvente, se rige por las reglas previstas en el Código civil, que procesalmente se concretan en lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes LEC. Pues bien, ni en estas normas, ni en la Ley Concursal existe límite alguno a la participación de estos créditos en la liquidación. Entonces, habrán de incluirse tanto las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge concursado –que tendrán la consideración de créditos concursales y deberán haber sido comunicados al concurso–, como las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge in bonis, que, por no ser créditos concursales, no tienen que realizarse a través del concurso, ni padecen los efectos de este procedimiento. Como ya indicamos, la concurrencia de las obligaciones gananciales sobre el patrimonio ganancial se ordenará conforme a lo dispuesto por el régimen extraconcursal de prelación de créditos [v. supra IV.2.a)]¹³⁰.

b) La solución cambia cuando el cónyuge in bonis no solicita la disolución de la sociedad de gananciales. Entonces, el patrimonio ganancial queda materialmente integrado en el con-

¹³⁰ Defiende la participación de estos créditos en la liquidación de la sociedad de gananciales, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 268-269. Al no ser créditos concursales, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis no se verán afectadas por la paralización de ejecuciones contemplada en el artículo 55 LC. De ahí que la solución propuesta por ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 500-501 no nos termine de convencer. En primer lugar, puesto que estos acreedores no son acreedores concursales pueden ejecutar el patrimonio (solvente) de la sociedad de gananciales, que sólo está integrado «formalmente» en el concurso. Y ello, con independencia del momento en que inicien la ejecución. En segundo lugar, a nuestro juicio, el artículo 55 LC deja poco espacio para una interpretación como la propuesta, que distingue entre ejecuciones iniciadas antes de la declaración del concurso respecto de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis –que no se verían afectadas por la paralización–, y ejecuciones no iniciadas antes de la declaración de concurso –que sí que se verían afectadas–. En contraste, la solución que proponemos da respuesta al problema que planteaba ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 504, nota 17, respecto de las deudas alimenticias que, según el artículo 1399 CC, son preferentes a los demás acreedores consorciales. Si admitimos, en primer lugar, que puedan concurrir sobre el patrimonio ganancial los acreedores consorciales contraídos por el cónyuge in bonis; y, en segundo lugar, que se aplique la prelación extraconcursal de créditos establecida en del Código civil, no hay ninguna dificultad para satisfacer preferentemente estos créditos con cargo al patrimonio ganancial. Cuestión distinta es que el patrimonio ganancial se revele insuficiente para atender al pago de los créditos, pues en ese caso habrá que declararlo en concurso (v. infra VI).

*curso y en la masa activa del concurso se forman dos submasas patrimoniales: la primera, compuesta por los bienes privativos del cónyuge insolvente; y la segunda, por el patrimonio ganancial. Hablamos de integración material, porque a diferencia de lo que sucedía cuando se optaba por la disolución, la satisfacción sobre esa masa patrimonial no se lleva a cabo en pieza separada, sino dentro del propio concurso (v. supra III.4). En estos casos, como ya hemos avanzado, concurren sobre la submasa ganancial tanto las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge concursado, como las obligaciones privativas de éste (v. supra III.2). Con su exclusión de la categoría de los créditos concursales, las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge *in bonis sólo podrán satisfacerse sobre la submasa ganancial desde fuera del concurso*. Y es que la consecuencia inmediata de excluirlas de la relación de créditos concursales, –tal y como se declara en el artículo 84.1 LC–, no es que no puedan satisfacerse sobre dicho patrimonio, sino que *no quedan sometidas a las consecuencias que desencadena el concurso sobre estos créditos* (v. art. 40 LC, *in fine*). Así, por ejemplo, no quedarán afectadas por la prohibición de compensación, ni por la suspensión del devengo de intereses, ni por la interrupción de la prescripción, etc. En lo que a nosotros nos interesa, esto resulta particularmente importante porque *estos créditos no quedarán sujetos a la regla que prohíbe a los acreedores concursales ejecutar bienes integrados en la masa activa de concurso* (art. 55.1 LC); *por la misma razón, tampoco quedarán sujetos a las reglas de liquidación concursal, ni afectados por lo pactado en el convenio*. En definitiva, *las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge in bonis tendrán expedita la vía para trabar embargo y ejecutar los bienes gananciales que se encuentran integrados en la masa activa del concurso, siendo competente para conocer de estas ejecuciones el juez del concurso* (art. 8.3 LC). De esta forma, podrán hacer efectiva la responsabilidad del patrimonio ganancial¹³¹.*

Alternativamente, se ha propuesto limitar la aplicación del artículo 84 LC a aquellos casos en los que el cónyuge *in bonis* tenga bienes suficientes con los que hacer frente al pago de estas deudas gananciales. En caso contrario, se propone reducir teleológica-

¹³¹ Intuye esta idea MAGARIÑOS BLANCO, *Homenaje Olivencia*, II, p. 2089. Asimismo, v. MAGRO SERVET, *La Ley*, 6213 (2005), p. 9, pero no determina sobre qué masa habrá de hacerse efectiva la ejecución. Entiende que estos acreedores podrán plantear una tercería de mejor derecho a través del incidente concursal, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 350-351, pero sin explicar por qué se puede agredir un patrimonio sometido al concurso desde fuera del procedimiento.

mente el precepto para no limitar injustificadamente las perspectivas de satisfacción de estos acreedores¹³². Aunque la interpretación propuesta resulta razonable, no parece, sin embargo, suficiente. Aún habiendo bienes bastantes en el patrimonio del cónyuge *in bonis*, no puede privarse a un acreedor de la organización de su facultad de satisfacerse sobre éste. Y menos aún, se puede relegar su satisfacción al previo pago de aquellos otros que no son acreedores de la organización (v. gr., los acreedores privativos del cónyuge insolvente). La separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges obliga a buscar una solución que haga efectiva dicha separación.

La solución propuesta no constituye ningún cuerpo extraño al procedimiento concursal. Créditos tan importantes para el buen discurrir del procedimiento como los prededucibles, pueden ejecutar bienes integrados en la masa activa del concurso precisamente porque no son créditos concursales y, por lo tanto, quedan al margen de todos los efectos del procedimiento (v. art. 154.2 LC, aunque simultáneamente se consagra una cuestionable paralización de la ejecución de estos créditos en interés del concurso)¹³³. No obstante, podría objetarse que la concurrencia desordenada de estos créditos gananciales entorpecería el buen funcionamiento del concurso. También podría argumentarse que permitiría a las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* cobrar por delante de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado. Incluso, podría decirse que esta solución podría terminar volviéndose en contra de acreedores a los que se pretendería proteger, pues al quedar al margen del procedimiento, éstos podrían pasar por alto la oportunidad de cobrarse sobre el patrimonio ganancial.

Sin embargo, estas objeciones no resisten un examen más detenido. *En primer lugar, desde el punto de vista de los costes del procedimiento, ciertamente, el coste de administrar el procedimiento aumenta notablemente al tener que coordinar la realización sobre distintas masas patrimoniales de unos créditos concursales –i. e., acreedores privativos del cónyuge insolvente y acreedores gananciales contraídos por el cónyuge insolvente–, y*

¹³² Así, v. BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 84 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss., p. 1498. En su interpretación, sigue la línea de la enmienda núm. 25, planteada al Proyecto de Ley concursal en el Congreso de los Diputados por el Grupo Mixto. Para su consulta, v. «BOCG» de 23 de julio de 2002, núm. 101-1.

¹³³ La paralización ha sido criticada, entre otros, por BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 154 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 2427 ss., pp. 2435-2436, y BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 130 ss.

de otros que no lo son –i. e., los acreedores gananciales contraídos por el cónyuge *in bonis*–. Sin embargo, *este aumento de los costes de administración del procedimiento no es resultado de la interpretación propuesta, sino de una decisión previa, a saber, incluir en el concurso el patrimonio de una organización, como es la sociedad de gananciales, que está afecto al pago de responsabilidades distintas de las contraídas por el cónyuge insolvente* (i. e., los acreedores de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales contraídos por el cónyuge *in bonis*). Ciertamente, *de lege ferenda* lo razonable será dejar este conjunto de bienes fuera del concurso (v. *supra* IV.1). Pero, *de lege lata*, no podemos tratar de ahorrarnos dichos costes impidiendo que unos acreedores realicen sus pretensiones contra unos bienes con los que *ex ante* contaron para cobrarse, o que lo hagan en una posición –i. e., por delante de los acreedores privativos de los cónyuges– con la que también contaron en el momento de contratar. El argumento de los costes no es, pues, un argumento suficiente para desvirtuar esta interpretación. No obstante, siendo el dato de los costes un dato real, la administración concursal deberá desplegar toda su diligencia y buen hacer para tratar de reducirlos y de asegurar que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* puedan satisfacerse sobre el patrimonio ganancial por delante de los acreedores privativos del concursado. A tal fin, pueden resultar de gran utilidad recurrir las reglas que proporciona la Ley Concursal para ordenar el pago de los créditos prededucibles (excepción hecha de la regla de paralización de ejecuciones del art. 154 LC).

En segundo lugar, que los créditos contraídos por el cónyuge *in bonis* cobren por delante de los créditos gananciales contraídos por el cónyuge concursado es, en realidad, un falso problema. Siendo el *patrimonio ganancial solvente, esta situación* –que, ciertamente, deja mucho que desear desde el punto de vista de la coherencia valorativa– *no plantea en la práctica demasiada dificultad*. A fin de cuentas, siempre habrá bienes con los que puedan satisfacerse todos los créditos. Si, por el contrario, el patrimonio ganancial fuera insolvente, habría que declarar en concurso a la organización. Entonces ambas clases de acreedores gananciales habrían de satisfacerse a la vez (v. *infra* VI).

En tercer lugar, respecto de *los perjuicios que esta solución podría terminar imponiendo a los créditos contraídos por el cónyuge in bonis, hay que señalar que su ajenidad frente al concurso no les ha de perjudicar*. Como no son créditos concursales, no que-

dan sujetos a las reglas del concurso y, entre ellas, a las reglas relativas a la participación en el procedimiento (v. arts. 85 a 94 LC). Esto significa que podrán ir ejecutando el patrimonio ganancial a medida que sus créditos resulten exigibles y podrán hacerlo con preferencia sobre los acreedores privativos del concursado. No siendo créditos concursales, tampoco quedarán afectados por los efectos del concurso y, en particular, por el vencimiento anticipado concursal (arts. 88.2 y 148 LC). Sin embargo, esto no debe plantear ninguna dificultad: en la medida en que la sociedad de gananciales subsiste, podrán seguir realizándose sobre los bienes existentes (p. ej., procedentes de los rendimientos del trabajo del cónyuge *in bonis*, etc.). Si esas ejecuciones terminaran poniendo de manifiesto la falta de valor suficiente en la sociedad de gananciales para atender al pago de todas las deudas frente a las que ha de responder, estos acreedores deberían solicitar el concurso de la sociedad de gananciales (v. *infra* VI).

Si el patrimonio privativo del cónyuge no concursado no fuera suficiente para atender al pago de todos sus créditos, estos acreedores estarían también legitimados para agredir el patrimonio ganancial integrado en el concurso del primer cónyuge concursado (art. 1373 CC). Esto importa en el caso de los acreedores privativos, quienes además de poder declarar al segundo cónyuge en concurso, podrían satisfacerse sobre el patrimonio común integrado en el primer concurso en los términos antes expresados.

En la realización de la submasa ganancial, los acreedores gananciales de los que sea deudor el cónyuge *in bonis* concurrirán junto con aquellos otros de los que sea deudor el cónyuge concursado, así como con los créditos privativos del cónyuge concursado. Entonces se hará efectiva la separación patrimonial existente entre ambas masas: los acreedores gananciales se irán satisfaciendo con preferencia sobre los acreedores privativos del cónyuge concursado (arts. 1399 y 1402 CC, en relación con el art. 1034 CC). La prelación concursal sólo entrará en juego dentro de cada clase de créditos, esto es, bien respecto de los acreedores gananciales, bien respecto de los acreedores privativos del cónyuge insolvente. Estas ejecuciones podrán llevarse a cabo incluso cuando se haya alcanzado un convenio entre el deudor y los acreedores concursales. Es evidente que no siendo acreedores concursales no pueden quedar afectados por el contenido de dicho acuerdo (art. 135 LC). Pero tampoco quedarán afectadas por el convenio las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente, cuando se realicen en el concurso sobre el patrimonio ganancial.

Para entender esta conclusión, hay que recordar dos ideas. La primera, que *el convenio modula la exigibilidad del crédito con relación a un determinado patrimonio*. Por lo tanto, es perfectamente posible que un crédito quede definido frente a una masa patrimonial de una forma y de otra frente a otra masa distinta (así, por ejemplo, por efecto del convenio, estos créditos sólo podrían realizarse sobre el patrimonio privativo del deudor insolvente por el 50 por 100 de su valor y a la vuelta de dos años, mientras que sobre el patrimonio ganancial podrían realizarse por el 100 por 100 de su valor y en el momento de su vencimiento). La segunda cuestión es que a través de la integración en la masa activa sólo se pretende vincular un determinado patrimonio a la satisfacción de ciertos créditos, de modo que no quede fuera del concurso un conjunto de bienes con cargo a los que han de satisfacerse determinados acreedores concursales. *Lo que no ha pretendido el legislador es limitar el alcance de su responsabilidad*. Entonces, siendo el patrimonio ganancial solvente, no tiene sentido beneficiarle con los recortes que se establecen en interés del deudor. Mantener otra cosa introduciría una nueva contradicción de valoración: mientras el resto de los acreedores gananciales podrían realizar su crédito sobre ese patrimonio solvente por el 100 por 100, éstos sólo podrían cobrarse en los términos previstos en el convenio.

A una conclusión similar habría que llegar respecto de sus deudas privativas, cuando una vez satisfechas las obligaciones gananciales, quedara algún valor en el patrimonio común. Los efectos del convenio afectarían entonces al derecho de reintegro de la sociedad de gananciales sobre el patrimonio privativo del concursado

Por los créditos privativos del cónyuge concursado satisfechos con cargo a la masa ganancial, la sociedad de gananciales dispone de un derecho de reintegro (art. 1373 II CC)¹³⁴. Pues bien, *ese derecho de reintegro constituye un crédito concursal que, en principio, podría ser ejercitado en el propio concurso por el cónyuge in bonis*. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, estos son créditos exigibles durante la vida de la sociedad de gananciales sin necesidad de esperar a la liquidación de dicho patrimonio¹³⁵. Ahora bien, inmediatamente hay que señalar que *resultará de aplicación a este supuesto la regla que impide la concurrencia simultánea sobre un mismo patrimonio del crédito principal y del crédito de regreso resultante de la satisfacción de dicho crédito con cargo a otro patrimonio* (art. 87.6, primer inciso, LC). Por lo tanto, este derecho de reintegro sólo podrá realizarse –si se estima

¹³⁴ En esta línea, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1568.

¹³⁵ Aunque es una cuestión discutida, parece que la doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de la exigibilidad inmediata de estos derechos de crédito. Así lo apunta PEÑA, *Comentario artículo 1358 CC*, II, p. 676.

oportuno— a través de la subrogación del cónyuge *in bonis* en la posición de los acreedores satisfechos con cargo al patrimonio ganancial y que, sin embargo, debieran haber sido satisfechos con cargo al patrimonio privativo del insolvente. En este caso, la legitimación del cónyuge *in bonis* para proceder a la subrogación no procede propiamente de la titularidad del crédito, que ya hemos dicho, pertenece a la sociedad de gananciales. El cónyuge *in bonis* será más bien uno de los «interesados en el crédito» a los que se refiere el artículo 85.1 LC y a los que se legitima para poder presentar al concurso determinadas pretensiones ajenas.

Por actuar el cónyuge in bonis en interés de la sociedad de gananciales, el crédito de reintegro no sufrirá la tacha de la subordinación (v. arts. 92.5 y 93.1.1.º LC). Y es que, difícilmente se cumple el presupuesto subjetivo de la norma: el crédito nace a favor de la sociedad de gananciales y no del cónyuge *in bonis*, por lo que, en rigor, no existe un crédito a favor de una persona especialmente vinculada con el deudor¹³⁶. Además, malamente encajaría en la lógica en la que pretende justificarse esta degradación. En efecto, esta regla se explica en términos de hacer de peor condición a aquellos acreedores que pudieron conocer el estado patrimonial del deudor o que, incluso, le llevaron a la situación de deterioro patrimonial en la que se encuentra, y que, aún así, le concedieron crédito¹³⁷. Sin embargo, cuando con cargo al patrimonio ganancial se satisface un crédito que debería haberse satisfecho con cargo al patrimonio privativo del cónyuge concursado, no concurre esta circunstancia. Entonces, no podrá calificarse de subordinado al crédito de reintegro de la sociedad de gananciales.

VI. LA INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. Planteamiento de la cuestión

La pregunta que quedó en el aire en el apartado anterior es si la sociedad de gananciales puede ser declarada en concurso. A

¹³⁶ Que el crédito nace a favor de la sociedad de gananciales se expresa con toda claridad, en sede de liquidación, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1397 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 780 ss., pp. 780-781.

¹³⁷ GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 92 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1658 ss., p. 1666.

diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, la Ley Concursal no ha contemplado expresamente esta posibilidad. Sin embargo, dicha solución resulta de interés para tratar con la mayor precisión posible la insolvencia de esta organización¹³⁸. Ésta bien podría tener su origen en el sobreendeudamiento resultante del ejercicio del comercio por uno o por ambos cónyuges o del ejercicio de alguna actividad profesional o en la reducción de las aportaciones al patrimonio común (p. ej., porque uno de los cónyuges pierda su puesto de trabajo, porque padezca una enfermedad, etc.). Así, si en la sociedad de gananciales no hubiera valor suficiente para atender al pago corriente de las obligaciones gananciales, no sería necesario declarar en concurso a los cónyuges; bastaría con declarar en concurso a la organización para ordenar el pago de los créditos afectados¹³⁹.

Frente a la opción de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, estaría la posibilidad de declarar en concurso a uno o a ambos cónyuges. Sin embargo, *esta solución resultaría altamente insatisfactoria, pues no permitiría ordenar la concurrencia de los acreedores directamente afectados por la insolvencia de la sociedad de gananciales* (i. e., en principio, y siendo el patrimonio privativo de los cónyuges solvente, los acreedores gananciales). En efecto, si el cónyuge no concursado pidiera la disolución de la organización, las obligaciones gananciales concurrirían sobre el patrimonio ganancial al margen de las reglas del concurso. Como ya hemos visto, estas deudas habrían de satisfacerse en una pieza separada y conforme a las reglas del derecho común, no aplicándose la prelación concursal de créditos (v. *supra* IV). Por el contrario, si el cónyuge no concursado no pidiera la disolución, se procedería al pago de las obligaciones gananciales contraídas por el concursado, dentro del concurso y conforme a las reglas de este procedimiento. Ahora bien, las obligaciones gananciales contraí-

¹³⁸ Constata la falta de regulación de este fenómeno, por contraposición a lo que sucede en el derecho alemán, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1549.

¹³⁹ La cuestión de qué bienes han de tomarse en consideración para determinar la insolvencia ha planteado alguna duda en la doctrina comparada. Pone de manifiesto este hecho, así como las distintas tesis en liza LÜER, H. J., en UHLENBRUCK, W., *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2003, § 333 Rdn 3, p. 3069. A nuestro juicio, el patrimonio que ha de tomarse en consideración es estrictamente el de la organización, sin que pueda ser valorada la suficiencia de bienes incluyendo también el patrimonio privativo de los cónyuges responsables. Apoyan esta solución SCHALLENBERG, R./RAFIQPOOR, P., en WIMMER, K. (ed.), *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3.^a edición, Neuwied, 2002, § 333 Rdn 26, pp. 2461-2462.

das por el cónyuge no concursado podrían interferir en dicha satisfacción ejecutando el patrimonio ganancial al margen del concurso (v. *supra* IV)¹⁴⁰.

Imaginemos el caso de un matrimonio que monta un bar con fondos gananciales y en el que se asigna el papel de empresario a uno de los cónyuges. Como sabemos, las deudas contraídas en el ejercicio de dicha actividad son obligaciones gananciales, a salvo las limitaciones que pudieran establecerse (v. art. 1365.2 CC, en relación con los arts. 6 a 12 CCO). Pues bien, siendo insuficiente el patrimonio ganancial para atender al pago de las deudas que pesan sobre el mismo, debería declararse el concurso de la sociedad de gananciales, incluyéndose en su masa activa el negocio, así como cualquier otro bien de carácter ganancial. Por contra, si descartamos esta solución, nos veríamos obligados a declarar en concurso al cónyuge empresario que sobreendeudó a la sociedad de gananciales y a integrar en la masa activa de su concurso al patrimonio ganancial para poder, así, satisfacer con cargo al mismo el endeudamiento por él contraído. Las obligaciones gananciales que, conforme a una interpretación apegada a la literalidad del artículo 84 LC no pudieran realizarse sobre el patrimonio ganancial, deberían satisfacerse con cargo al patrimonio privativo del cónyuge *in bonis*, que de ser insuficiente, debería ser también declarado en concurso.

A pesar del interés que puede tener una solución como la que estamos analizando, *la primera respuesta que cabría dar a la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales habría de ser negativa*. Como regla general, el legislador habría previsto la declaración de concurso de sujetos con capacidad de obrar (art. 1.1 LC), y sólo excepcionalmente habría contemplado la posibilidad de que fuera declarado en concurso un patrimonio. Esto es lo que sucedería en el caso de las herencias que no hubieran sido aceptadas pura y simplemente (art. 1.2 LC)¹⁴¹. La razón de ser de

¹⁴⁰ Registramos esta intuición en GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios legislación concursal*, II, pp. 1570-1571. Asimismo, v. YÁÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2002), pp. 2-3, cuando critica la limitación de los créditos concursales a los créditos privativos del concursado.

¹⁴¹ Entre nosotros, esto es lo que sostiene ROJO, A., «Comentario al artículo 1 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 141 ss., p. 144, al considerar que la capacidad concursal se vincula a las personas, naturales o jurídicas, y que sólo excepcionalmente puede reconocerse a un patrimonio carente de modo transitorio de titular, como es la herencia yacente, o a un patrimonio separado con titular, como es la herencia aceptada a beneficio de inventario. Fuera de esos supuestos, excluye que pueda reconocerse capacidad concursal a un patrimonio separado. BERCOVITZ, R., «Comentario al artículo 1 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 27 ss., p. 32, considera que debe admitirse la declaración en concurso de «los patrimonios separados, con titular interino, afectos a un fin, colectivo» a los que se reconocería capacidad para ser parte en procesos *ex artículos 6.1.4.º y 5.º LC*. Por su parte, CABANAS, *El patrimonio familiar*, I, pp. 382-387 parte de la regla general «una persona, un concurso», con la excepción del concurso de la

esta excepción sería distinta según nos encontráramos en el caso de una herencia yacente o en el de una herencia aceptada a beneficio de inventario. En el primer caso, se trataría de abrir un procedimiento sobre un conjunto de bienes que aún carecería de titular, mientras en el segundo caso, la razón se encontraría en la existencia de un patrimonio que ya tendría titular, pero que quedaría separado del resto de los bienes del heredero y con el que habría que hacer frente a las obligaciones que pesaran sobre el mismo¹⁴².

A la vista de estos argumentos, lo que procede ahora es establecer si, a pesar de las autorizadas voces que se oponen a ello, es posible declarar el concurso de una sociedad de gananciales. A tales efectos debemos dar tres pasos: en primer lugar, hay que verificar cuál es la verdadera razón por la que determinadas masas hereditarias puedan ser declaradas en concurso (v. *infra* 2); en segundo lugar, hay que analizar si esa razón concurre también en el caso de la sociedad de gananciales (v. *infra* 3); y, por fin, en tercer lugar, hay que verificar si existe alguna regla en el derecho positivo que apoye dicha solución (v. *infra* 4).

2. La capacidad concursal de los patrimonios separados

Analizar la razón por la que determinadas masas patrimoniales pueden ser declaradas en concurso nos conduce al estudio de su *capacidad concursal*. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, ésta nada tiene que ver con la capacidad de obrar que se predica de los sujetos de derecho. Ni siquiera puede vincularse a la capacidad procesal de determinados sujetos o patrimonios¹⁴³. En rigor, la capacidad concursal depende de *la aptitud de un patrimonio para soportar sobre sí mismo determinadas obligaciones*. Así, sólo en la medida en que un patrimonio pueda resultar gravado con deudas, podrá concursar. Esto es tanto como decir que, además de los patrimonios de los que sean titulares las personas naturales y las jurídicas, *también tienen capacidad con-*

herencia. Insiste en que los únicos legitimados para ser declarados en concurso son los cónyuges, en su calidad de deudores, ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, pp. 356 y 362. Recientemente, niega la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales por carecer de personalidad jurídica, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 68.

¹⁴² Esto es lo que se deduce de lo expresado por ROJO, A./ORDUÑA, F. J., «Comentarios al artículo 1 LC. La capacidad concursal de la herencia», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 155 ss., pp. 155-157.

¹⁴³ Así, por ejemplo, v. KIRCHHOF, H. P., *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.ª edición, Heidelberg, 2001, § 11 Rdn. 4, p. 52, y OTT, C., en KIRCHHOF, H. P. / LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 11 Rdn. 10, p. 191.

cursal los patrimonios separados pues, a fin de cuentas, también estos patrimonios evidencian tal aptitud¹⁴⁴. Se explica así que una herencia yacente o una herencia aceptada a beneficio de inventario puedan ser declaradas en concurso (art. 1.2 LC, *in fine*), mientras que una comunidad constituida por dos hermanos que han comprado una finca a medias, no. En el primer caso, la herencia yacente soporta las llamadas deudas y cargas de la herencia, que habrán de realizarse sobre el caudal hereditario; y nada distinto sucede en el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario¹⁴⁵. Por el contrario, en el segundo caso, el patrimonio común no habrá de soportar deuda alguna, pues, como es sabido, se disuelve en cuotas dentro de los patrimonios privativos de cada uno de los comuneros. Entonces, lógicamente, no podrán contraerse deudas sobre dicho patrimonio¹⁴⁶.

En este punto, debemos recordar que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario no incide sobre la separación existente entre el patrimonio del heredero y el patrimonio hereditario. Sólo introduce una limitación de la responsabilidad por las deudas de la herencia. Entonces, la «no confusión» con el patrimonio del heredero se produce tanto en el caso de la herencia yacente como en el de la aceptada a beneficio de inventario. Por el contrario, desde el momento en que se produce la aceptación pura y simple, el patrimonio deja de soportar por sí mismo sus propias deudas (art. 1003 CC), y, por lo tanto, desaparece dicha posibilidad¹⁴⁷.

¹⁴⁴ De nuevo, KIRCHHOF, *Heidelberger Komm InsO*², § 11 RdN 20, p. 55; OTT, *MünchKomm. InsO*, I, § 11 RdN 9, p. 191.

¹⁴⁵ Que la herencia aceptada a beneficio de inventario constituye un patrimonio separado lo apuntan, entre tantos, LÓPEZ JACOISTE, J. J., «Comentario al artículo 1034 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, 1993, pp. 2429 ss., p. 2430; *id.*, «Comentario al artículo 1023 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 2405 ss., pp. 2405-2407; Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, v. IV, 6.ª edición, Madrid, 1992, p. 544; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho civil*, t. V (Derecho de sucesiones), Barcelona, 1988, p. 108. En el caso de que la herencia se encuentre yacente, v. LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 93-94.

¹⁴⁶ Sobre la falta de capacidad concursal de esta comunidad, en la literatura alemana, HIRTE, H., en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.ª edición, Munich, 2004, § 11 RdN 4, pp. 152-153.

¹⁴⁷ Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, IV⁶, pp. 536 y 544, afirman que la aceptación pura y simple de la herencia provoca la confusión con el patrimonio del heredero y extiende a éste la responsabilidad de las deudas hereditarias. Matizan esta conclusión, siguiendo las tesis del profesor Peña, LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 107-108, para sostener que no se produce confusión en perjuicio de terceros –p.ej., los acreedores del causante– y, que, éstos conservarían su preferencia frente a los acreedores del heredero sobre los bienes de la herencia. En una línea similar, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Comentario artículo 1.2 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 75 ss., p. 79, afirma que la aceptación de la herencia pura y simplemente no produce una confu-

Una vez que hemos aclarado el fundamento de la capacidad concursal de los patrimonios separados, entendemos que es razonable extender esta solución a la sociedad de gananciales. Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del trabajo, ésta es una organización, o si se prefiere, un patrimonio separado que soporta sus propias obligaciones. Por lo tanto, en caso de insolvencia se haría merecedor de un tratamiento análogo al que reciben las masas hereditarias antes mencionadas. Sin embargo, en contra de esta interpretación se ha objetado que el grado de estanqueidad del patrimonio ganancial no sería equivalente al de los patrimonios hereditarios¹⁴⁸. En concreto, se ha invocado el contenido del artículo 1373 II CC para poner de manifiesto el menor grado de separación existente entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos de los cónyuges en comparación con la separación existente entre la masa hereditaria y el patrimonio de los herederos¹⁴⁹. Así, mientras que en el primer caso, los acreedores privativos del cónyuge deudor quedarían legitimados para embargar y ejecutar bienes integrados en el patrimonio ganancial (art. 1373 II CC); en el segundo caso esta posibilidad les estaría expresamente vedada (v. art. 1034 CC).

A nuestro juicio, esta objeción carece de fundamento. *De hecho, la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges es equivalente a la existente entre el caudal hereditario y el patrimonio de los herederos cuando la herencia no ha sido aceptada de manera pura y simple.* Ciertamente, el artículo 1373 II CC permite que los acreedores privativos del cónyuge insolvente se satisfagan con cargo al patrimonio ganancial. Ahora bien, en estos casos, la separación existente entre ambos patrimonios se traduce en una preferencia de los acreedores gananciales frente a los acreedores privativos del cónyuge insolvente (v. *supra* II). Esto es tanto como decir que también para la sociedad de gananciales opera el «beneficio de separación» contemplado en

sión automática del patrimonio hereditario con el patrimonio particular del heredero, sino una responsabilidad por las deudas del causante como si fueran propias.

¹⁴⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1554. En este punto, nos recuerda, es fundamental tener en cuenta que el beneficio de inventario aísla al haber hereditario de otras deudas que no sean las del causante, cosa que no sucede en el caso del patrimonio consorcial (v. arts. 1373 y 1369 CC). Posteriormente, se manifiesta favorable a que pueda abrirse un concurso sobre la masa ganancial, *ibid.*, pp. 1566 y 1571, aunque pone de manifiesto la dificultad de articular tal solución a la vista de la comunicación de responsabilidades entre ambos patrimonios.

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, v. DE LOS MOZOS, *Comentarios artículos 1373 y 1374 CC*, XVIII, 2, p. 329.

el artículo 1034 CC respecto de las herencias no aceptadas pura y simplemente¹⁵⁰.

Sentado lo anterior, salta a la vista *que el patrimonio ganancial es un patrimonio suficientemente separado del patrimonio de cada uno de los cónyuges para poder ser declarado en concurso*. Y al igual que la herencia yacente o la herencia aceptada a beneficio de inventario, tiene la capacidad de soportar sobre sí mismo las obligaciones contraídas por los cónyuges. De ahí que tenga capacidad concursal¹⁵¹.

3. El argumento de derecho positivo

Llegados a este punto, queda por averiguar *si existe en el derecho positivo algún apoyo a esta solución*. La respuesta es afirmativa: el Código civil ya contemplaba expresamente esta posibilidad. En concreto, *el artículo 1399 II CC remite a las normas del concurso de acreedores para tratar la insolvencia del patrimonio ganancial evidenciada durante la liquidación de éste*. Ciertamente, la doctrina ha venido interpretando que esta remisión debía entenderse hecha al orden de prelación de créditos establecido en los artículos 1921 a 1929 CC¹⁵². Sin embargo, la literalidad del precepto no ofrece lugar a dudas: la remisión del legislador se hace a lo dispuesto «para la concurrencia y prelación de créditos». Precisamente ésta es la rúbrica que lleva el título XVII del Código civil, en el que, además de las reglas de prelación, se encontraba antes de la reforma concursal el régimen sustantivo del beneficio de quita y espera, así como del viejo concurso de acreedores (v. arts. 1911 a 1920 CC, derogados).

¹⁵⁰ Sobre el contenido de este derecho, v. LÓPEZ JACOISTE, *Comentario artículo 1034 CC*, I, pp. 2429-2430, donde lo describe como un efecto propio de la separación patrimonial que consolida el beneficio de inventario. En la línea de vincularlo a la separación de patrimonios, v. Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, IV 6, pp. 554-557. Desde otra perspectiva, LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 115-116, parecen extender su aplicabilidad a la herencia no beneficiada, tomando como base ciertos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

¹⁵¹ Esto es claro en la literatura alemana., pues así lo dispone los §§ 11 y 333 InsO y así lo reconocen los comentaristas de dichas normas. A modo de ejemplo, v. SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, *Frankfurter Komm. InsO*³, § 333 Rdn 12, p. 2459; HIRTE, H., en UHLENBRUCK, W. (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.ª edición, Munich, 2004, § 11 Rdn 4-5, pp. 152-153.

¹⁵² Así, por ejemplo, v. Díez-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1399 CC», en AA.VV., *Comentario a las reformas de Derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 1793 ss., p. 1794; DE LOS MOZOS, «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios a los artículos 1399 y 1403 CC*, XVIII. 2, p. 489; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1399 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 781 ss., p. 784.

Esta interpretación queda confirmada a la vista de las fuentes históricas. En efecto, en su redacción originaria, el Código civil ya contenía una regla análoga respecto de liquidación de la sociedad de gananciales, que los comentaristas más autorizados interpretaron como una remisión hecha a todo el título XVII -y no sólo a las reglas de prelación- (v. art. 1422 CC, en la redacción anterior a la reforma de 1981)¹⁵³. Tras esta reforma, dicha regla sólo cambia de numeral, por lo tanto no resulta posible llegar a una conclusión distinta a la alcanzada por los primeros intérpretes. Ahora bien, dicho esto, no podemos dejar de reconocer que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, los procedimientos civiles de quita y espera, así como de concurso de acreedores han sido sustituidos por un nuevo concurso (general) de acreedores (disp. derog. única 3.2.^a LC). En lo que a nosotros nos interesa, eso significa que *habrá que integrar la remisión hecha en el artículo 1399 II CC a los viejos procedimientos concursales del Código civil, recurriendo al nuevo concurso de acreedores que los ha sustituido*. Esto es tanto como decir que en caso de que el patrimonio ganancial resulte insolvente, deberá abrirse sobre el mismo un concurso de acreedores (y no sobre cada uno de los cónyuges).

En contra de esta interpretación podría objetarse que el artículo 1399 II CC sólo ha contemplado la posibilidad de abrir el concurso sobre la sociedad de gananciales en un supuesto muy concreto, esto es, cuando la insolvencia se manifiesta a resultas de su liquidación. Entonces, habría que considerarla excluida en todos los demás casos. Ésta es, sin embargo, una conclusión que no podemos compartir. Lo más factible es que el legislador del Código civil redactara la regla tomando como referencia aquella circunstancia en la que parecía más probable que la insolvencia de la sociedad de gananciales pudiera manifestarse. Formulado en otros términos, el legislador se limitó a regular la posibilidad de declarar en concurso al patrimonio ganancial en el supuesto más común (*id quod plerumque accidit*). Esto, sin embargo, no ha de impedir a los operadores jurídicos extender la regla a todas las demás situaciones en las que se evidencie la insolvencia de la sociedad de gananciales.

¹⁵³ Tal es el caso de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V.1^o, p. 853. Más precisa es, aún, la afirmación de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXII (arts. 1392 a 1444), 2.^a edición, Madrid, 1967, pp. 768 y 771, quien entiende que la remisión se hace a los artículos 1911 a 1929 CC, entre los que se encuentran incluidas las reglas sustantivas del antiguo concurso de acreedores.

Como acabamos de demostrar, la sociedad de gananciales, en tanto que patrimonio separado, puede ser declarada en concurso. Además, el Código civil nos proporciona un sólido argumento de derecho positivo en el que fundar esta conclusión (v. art. 1399 II CC *in fine*). *De este modo, el artículo 1399 II CC completa lo dispuesto en el artículo 1.2 LC, respecto de la capacidad concursal de los patrimonios separados.*

4. La responsabilidad de los cónyuges frente al patrimonio ganancial insolvente

Una vez confirmada la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, nos queda aclarar algunos aspectos relativos a la responsabilidad de los patrimonios de cada uno de los cónyuges.

Lo primero que hay que señalar es que *la declaración de concurso sobre el patrimonio ganancial no elimina en ningún caso la responsabilidad de los cónyuges por el endeudamiento contraído*. Los patrimonios privativos de los cónyuges seguirán respondiendo en la forma dispuesta por el Código civil y, en caso de insolvencia, podrán ser declarados en concurso¹⁵⁴. Esta afirmación plantea, sin embargo, alguna dificultad. En efecto, ante la falta de bienes suficientes en el patrimonio ganancial sobre los que realizar sus créditos, cabe prever que los acreedores frente a los que responda el patrimonio ganancial traten de huir del concurso abierto e intenten realizar sus créditos sobre el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges. Esta situación plantea, en concreto, dos tipos de problemas: el primero es que *se reproduzcan sobre los patrimonios privativos de los cónyuges las carreras entre acreedores que la declaración en concurso del patrimonio ganancial trató de evitar* [v. *infra a*]); y el segundo, reside en *determinar de qué modo quedan afectados estos acreedores por el convenio adoptado en el concurso de la sociedad de gananciales, cuando a la vez puedan satisfacerse sobre el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges* [v. *infra b*]).

a) El problema de las carreras entre los acreedores se resuelve para las sociedades personalistas -v. gr., sociedad civil, sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple- a través de la regla con-

¹⁵⁴ En la literatura alemana, respecto de lo dispuesto en el § 334 *InsO*, por todos, v. SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, *Frankfurter Komm. InsO*³, § 334 *RdN* 1, p. 2464, y SCHUMANN, E., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. III, Munich, 2001, § 334 *RdN* 1, p. 654.

tenida en el artículo 48.5 LC. En virtud de esta regla, declarado el concurso de cualquiera de estas sociedades, los acreedores no podrán dirigirse por sí mismos contra el patrimonio de los socios, sino que habrán de dejar en manos de la administración concursal el ejercicio de estas acciones. La doctrina ha puesto de manifiesto que la racionalidad de este precepto es doble. Por una parte, se trata de asegurar que ningún acreedor toma ventaja en la realización de sus derechos de crédito sobre los demás patrimonios responsables (en nuestro ordenamiento jurídico, el patrimonio de los socios subsidiariamente responsables que respondan ilimitadamente de las deudas de la sociedad); pero, por otra parte, se trata de evitar que la agresión masiva de los acreedores de la sociedad conduzca a una insuficiencia puramente teórica del patrimonio de los socios¹⁵⁵.

Los problemas que acabamos de describir se manifiestan igualmente en el concurso de la sociedad de gananciales. También los acreedores frente a los que responde la sociedad de gananciales pueden hacer efectivo su crédito contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la obligación, que, como es sabido, responde solidariamente de dicha deuda junto al patrimonio ganancial. Para evitar, entonces, que sobre el patrimonio privativo de dicho cónyuge se reproduzcan las carreras entre los acreedores gananciales por ser los primeros en realizar sus créditos e, incluso, que se pueda considerar que no hay bienes en el patrimonio del cónyuge para satisfacer los créditos cuando en realidad los haya, *tiene todo el sentido que se limiten sus posibilidades de agresión y que se concentren en manos de la administración concursal en términos análogos a lo previsto en el artículo 48.5 LC.* De este modo, todos los acreedores concurrirán a la vez sobre el patrimonio de los cónyuges responsables y se evitará una concatenación de concursos que dificultaría el tratamiento de la insolvencia de la sociedad de gananciales¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Respecto de la racionalidad de esta previsión, que se encuentra en el § 93 de la Ordenanza concursal alemana, v. BALZ, M./LANDFERMANN, H. G., *Die neuen Insolvenzgesetze*, Düsseldorf, 1999, p. 311. Allí explican que con esta solución no se coloca a los socios en una situación peor que la que tendrían anteriormente. También, EICKAMANN, D. *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.ª edición, Heidelberg, 2001, § 93 Rdn 5, p. 304. Entre nosotros, explica la lógica de la regla contenida en el artículo 48.5 LC, BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 48 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 960 ss., pp. 985-986, donde la configura la acción atribuida a la administración concursal como una forma de reintegración e *ibid.*, pp. 986-987, señala que es la subsidiaridad de la responsabilidad del socio la que explica que sólo deba responder de la insuficiencia patrimonial del deudor. SÁEZ LACAVE, R. *CP 2* (2005), pp. 194-195, nota núm. 48, afirma que se trata de una intensificación de la subsidiariedad de la responsabilidad del socio a fin de racionalizar la responsabilidad del socio en interés del concurso.

¹⁵⁶ Esta justificación es unánime en la literatura alemana. Así, v. KEMPER, J., en KÜBLER, B./PRÜTTING, H. (eds.), *Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II, colonia 2003,

A pesar de la razonabilidad de los argumentos expuestos, lo cierto es que el legislador concursal no contempló esta solución en la Ley Concursal. En efecto, en la medida en que no contempló la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, tampoco tomó en consideración la posibilidad de que se diesen este tipo de problemas para resolverlos. No obstante, dada la lógica de la regla —que, en rigor, es bastante independiente de la subsidiariedad o solidaridad de la responsabilidad del socio o del cónyuge—, esta solución habrá de extenderse a todos los casos de responsabilidad externa de los cónyuges frente a las obligaciones gananciales, con independencia de que sea solidaria o subsidiaria¹⁵⁷. En efecto, existiendo identidad de razón entre ambos supuestos, habrá que recurrir a la analogía para extender la eficacia de la regla contenida en el artículo 48.5 LC a los supuestos en los que se abra un concurso sobre el patrimonio ganancial y entre en juego la responsabilidad de los cónyuges por ese endeudamiento. Al igual que en el caso de las sociedades personalistas, será la administración concursal la que se encargue ejercitar las acciones correspondientes a los acreedores por la parte del crédito que quede sin cubrir en el concurso de la sociedad de gananciales.

b) *Convenio*. Al igual que en el caso de los socios de una sociedad personalista, los cónyuges miembros de una sociedad de gananciales han de beneficiarse de las mismas condiciones que el convenio establece para las deudas de la sociedad de gananciales. Y es que en la forma de organización que representa esta mano común, el surgimiento de la obligación ganancial determina el surgimiento de la obligación para el cónyuge que actúa en el tráfico, de ahí que la deuda del cónyuge deba seguir la suerte de la obligación ganancial. Así las cosas, los acreedores sólo podrán exigir a los cónyuges el pago de sus créditos en los términos acordados en el convenio¹⁵⁸.

§ 334 RdN 2, p. 1; LÜER, *Insolvenzordnung* 12, § 334 Rdn 1, p. 3070; SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, *Frankfurter Komm. InsO* 3, § 334 Rdn. 5-6, pp. 2464-2465; SCHUMMAN, *MünchKomm InsO*, III, § 334 Rdn 9, p. 657.

¹⁵⁷ Sobre este punto, v. SÁEZ LACAVE, *RcP*, 2 (2005), pp. 194 y 195, nota núm. 53 donde pone de manifiesto que el artículo 48.5 LC se refiere a supuestos de responsabilidad externa y que su correlato alemán tiene como punto de partida una responsabilidad no subsidiaria, sino primaria con la sociedad. Sin embargo, PERDICES HUETOS, A. B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005, pp. 175-176, parece insistir en el elemento de la subsidiariedad como condición para aplicar el precepto.

¹⁵⁸ En la literatura alemana, por ejemplo, v. SCHUMMAN, *MünchKomm InsO*, III, § 334 Rdn 1 y 20 pp. 654 y 660, aunque entiende que en el *Insolvenzplan* se podría establecer otra cosa.

VII. CONCLUSIÓN

En este estudio hemos demostrado que *la sociedad de gananciales es una organización a través de la que se establece un patrimonio separado del patrimonio de los cónyuges*. Esto explica que comparta determinadas reglas con otras organizaciones como puedan ser la sociedad colectiva o la sociedad civil. En particular, debemos destacar la regla que establece la preferencia de los acreedores de la organización sobre los acreedores privativos de los socios que, como hemos visto, constituye la manifestación más clara de dicha separación patrimonial.

De esta primera idea se deriva una segunda que tiene gran transcendencia desde el punto de vista concursal: *el concurso no puede alterar la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges, que resulta de la constitución de una forma típica de organización como es la sociedad de gananciales*. El régimen concursal legitima al legislador para adoptar las medidas necesarias tendentes a ordenar la concurrencia desordenada de los acreedores sobre el patrimonio responsable, pero en modo alguno le legitima para alterar las estructuras sobre las que se asienta esa responsabilidad. La mejora de los niveles de satisfacción de determinados acreedores no puede hacerse a costa de prescindir de la lógica que ordena la responsabilidad de los distintos patrimonios. Siendo un patrimonio separado del patrimonio de cada uno de los miembros de la organización, el patrimonio ganancial no debería quedar afectado por el concurso de uno de los cónyuges. Ahora bien, una vez que el legislador ha optado por incluirlo en la masa activa del concurso de los cónyuges –como sucede en el caso de la sociedad de gananciales–, debe respetar las consecuencias que se derivan naturalmente de la existencia de dicha organización. Éstas pasan, en primer lugar, por reconocer al cónyuge *in bonis* la facultad de extraer del concurso la cuota que le corresponde en dicha organización cuando se liquida la sociedad de gananciales; en segundo lugar, por limitar las facultades de agresión de los acreedores privativos del cónyuge insolvente a la cuota que corresponda al concursado; y, en tercer lugar, por respetar la preferencia de los acreedores gananciales frente a los acreedores privativos del concursado tanto en los supuestos de liquidación, como de subsistencia de la sociedad de gananciales.

La tercera idea que se desprende de esta comprensión de la sociedad de gananciales como organización es que *tiene aptitud para soportar por sí misma cierto endeudamiento y, por lo tanto,*

es un patrimonio con aptitud concursal, esto es, que puede ser declarado en concurso. Así lo confirma el artículo 1399 CC que completa, en este punto, lo dispuesto en el artículo 1.2 LC.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La reforma concursal. Dossier práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La repercusión de las crisis empresariales en el régimen económico matrimonial en la nueva Ley concursal», en GARRIDO MELERO, M. /FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona 2005, pp. 489 ss.
- «Comentario al artículo 77 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 928 ss.
- ARANGUREN URRIZA, F. J.: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Pamplona, 2007, pp. 347-369.
- ARIAS VARONA, F. J.: *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001.
- ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, 2006.
- BALZ, M./LANDFERMANN, H. G.: *Die neuen Insolvenzgesetzen*, Dusseldorf, 1999.
- BELTRÁN, E.: «Comentario al artículo 154 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 2427 ss.
- «Comentario al artículo 84 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss.
- «Comentario al artículo 49 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 989 ss.
- «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2001, pp. 153 ss.
- BÉJAR, J.: «Comentario al artículo 84 LC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, pp. 446 ss.
- BELTRÁN, E.: «Comentario al artículo 48 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 960 ss.
- BERCOVITZ, R.: «Comentario al artículo 1 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 27 ss.
- BERMEJO, N.: «Los efectos del concurso sobre los créditos: una nueva aproximación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 31, 2005, pp. 3 ss.
- «Comentario al artículo 88 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1578 ss.
- «Comentario al artículo 87 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios de Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1559 ss.
- *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.
- BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *CDC*, núm.º 43, 2005, pp. 37 ss.

- «Estudios sobre el nuevo derecho de familia», *AAMN*, t. XXV, 1982, pp. 45 ss.
- CABANAS TREJO, R.: «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona 2005, pp. 379 ss.
- CAPILLA, F.: «Comentario al artículo 1699 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 1 (arts. 1664 a 1708 CC), Madrid, 1986, pp. 560 ss.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 84 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), pp. 969 ss.
- CUENA CASAS, M.: *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, 2008.
- DE EIZAGUIRRE, J. M. de; *Derecho mercantil*, 4.ª edición, Madrid, 2005.
- *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001.
- «La subjetivación de las sociedades de personas», *RdS*, núm. 14, 2000, pp. 85 ss.
- DE LOS MOZOS, J. L. «Comentarios a los artículos 1373 y 1374 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 325 ss.
- «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 483 ss.
- DEL MORAL, I.: «Comentario a la disp. adic. 1.ª LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1763 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Bienes parafernales: quiebra del marido y responsabilidad de los frutos y rentas de los parafernales: De Diego Bohling c. Arbós y otros; col. leg. núm. 93, p. 495», en *Estudios de jurisprudencia civil*, v. III, 3.ª edición, Madrid, 1981, pp. 116 ss.
- «Comentario al artículo 1393 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1782 ss.
- «Comentario al artículo 1399 CC», en AA.VV., *Comentario a las reformas de Derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 1793 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, v. IV, 6.ª edición, Madrid, 1992.
- EICKAMNN, D.: «Comentario al § 93 InsO», *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.ª edición, Heidelberg, 2001.
- GADEA SOLER, E.: «Comentario a la disposición final segunda», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1807 ss.
- GALÁN, C.: «Comentario al artículo 84 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 845 ss.
- GARCÍA URBANO, J. M.: «Comentario al artículo 1393 CC», en Díez-Picazo, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 761 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, núm. 165-166, pp. 497 ss.
- GARNICA MARTÍN, J.: «Comentario al artículo 25 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A. /FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, pp. 286 ss.

- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.^a edición (revisada con la colaboración de BERCOVITZ, A.), Madrid, 1976.
- GARRIDO, J. M.: «Comentario al artículo 89 LC», en ROJO, A./BELTRAN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1596 ss.
- *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000.
- «Comentario al artículo 92 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1658 ss.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.^a edición (a cargo de SÁNCHEZ CALERO, F.), Madrid, 1983.
- GAY DE MONTELLÁ, R.: *Tratado de la legislación comercial de España a base del Código de Comercio*, t. VI, Barcelona, 1930.
- GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976.
- GONDRA, J. M.: «Régimen de la «empresa conyugal»: sociedad de derecho mercantil, sociedad de derecho de familia», en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, v. I, pp. 245 ss.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.
- GOZALO LÓPEZ, V.: *La quiebra por extensión*, Madrid, 2001.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss.
- «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2004, pp. 4683 ss.
- «Comentario al artículo 84.1 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1657 ss.
- «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss.
- HANSMANN, H/KRAAKMAN, R.: «What is Corporate Law?», en AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford-Nueva York, 2004, pp. 1 ss.
- «The Essential Role of Organizational Law», *Yale L. J.*, vol. 110, 2000-2001, pp. 387 ss.
- HERRERO GARCÍA, M. J.: «Comentario al artículo 1319 CC», en DÍEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 583 ss.
- HIRTE, H.: «Comentario § 11 InsO», en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2004.
- ILLESCAS, R.: «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 284 ss.
- JACKSON, T. H.: *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986.
- JAYME, E.: *Narrativen Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tubinga, 1993.
- KIRCHHOF, H. P.: «Comentario § 11 InsO», *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.^a edición, Heidelberg, 2001.
- LACRUZ BERDEJO, L/SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, t. V (Derecho de sucesiones), Barcelona, 1988.
- *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, fasc. 2.^o (edición experimental), Barcelona, 1982.

- LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Comentario al artículo 1023 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 2405 ss.
- «Comentario al artículo 1034 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, 1993, pp. 2429 ss.
- LÜER, H. J.: en UHLENBRUCK, W. *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, München, 2003.
- MAFFEI ALBERTI, A.: «Comentario al artículo 149 Legg.Fall.», en *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4.^a edición, Padua, 2000, pp. 648 ss.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «El concurso y la sociedad de gananciales», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2053 ss.
- MAGRO SERVET, 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», *Diario La Ley*, núm. 6213, de 18 de marzo de 2005, pp. 1 ss.
- MERCADAL, F.: «Comentario al artículo 77 LC», *Nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 399 ss.
- «Comentario al artículo 84 LC», en *La nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 420 ss.
- MIQUEL, J. M.: voz «comunidad de bienes», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 1314 ss.
- «Comentario al artículo 392 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. V, vol. 2.^o (arts. 392-429 CC y LPH), Madrid, 1985, pp. 4 ss.
- MORILLAS, M. J.: «Comentario a la disp. adic.1.^a LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3028 ss.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXII (arts. 1392 a 1444), 2.^a edición, Madrid, 1967.
- NANCLARES VALLE, J.: «Comentario al artículo 77 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004.
- ORDUÑA, F. J./PLAZA, J.: «Comentario al artículo 77 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1406 ss.
- OTT, C.: «Comentario al § 11 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001.
- PANTALEÓN, F.: «Asociación y sociedad», *ADC*, 1993, XLVI, pp. 5 ss.
- PAZ-ARES, C.: «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en Uría R./Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 469 ss.
- «La sociedad colectiva: representación y responsabilidad», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 659 ss.
- «La sociedad colectiva: disolución y liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 715 ss.
- *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993.
- «Comentario del artículo 1665 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1219 ss.

- «Comentario del artículo 1669 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1352 ss.,
- «Comentario al artículo 1671 CC», en Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1385 ss.
- «Comentario al artículo 1672 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1386 ss. «»
- «Comentario a los artículos 1673 y 1674 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1387 ss.
- «Comentario al artículo 1675 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1390 ss.
- «Comentario al artículo 1698 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1481 ss.
- «Comentario al artículo 1699 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1485 ss.
- «Comentario al artículo 1700 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1489 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «Comentario al artículo 1344 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 632 ss.
- «Comentario al artículo 1358 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 676 ss.
- «Comentario al artículo 1364 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 686 ss.
- «Comentario al artículo 1365 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 687 ss.
- «Comentario al artículo 1373 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 705 ss.
- «Comentario al artículo 1397 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 780 ss.
- «Comentario al artículo 1399 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 781 ss.
- «Comentario a los artículos 1401 y 1402 CC», Díez-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 786 ss.
- PERDICES HUETOS, A. B.: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: «Comentario al artículo 1.2 LC», en PULGAR EZQUE-
RRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.),
Comentarios a la legislación concursal, t. I, Madrid, 2004, pp. 75 ss.
- RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra*, t. II, 2.ª edición, Barcelona, 1998.
- ROCA, E.: «El concurso del deudor persona física», *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1077 ss.
- ROJO, A.: en Uría, R./Menéndez, A. (dirs.), «El empresario (II). Empresario indi-
vidual y empresario persona jurídica», en MENÉNEZ/URÍA, R. (dirs.), *Curso
de Derecho Mercantil*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 2006, pp. 93 ss.
- «Comentario al artículo 1 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario
de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 141 ss.
- ROJO, A./ORDUÑA, F. J. «Comentarios al artículo 1 LC. La capacidad concursal
de la herencia», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Con-
cursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 155 ss.
- SCHALLENBERG, R./RAFIQPOWOW, P.: en WIMMER, K. (ed.), «Comentario al § 333
InsO», *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3.ª edición, Neuwied,
2002.
- SÁEZ LACAVE, M. I.: «Organizaciones y concurso», *RcP*, núm. 2, 2005, pp. 179 ss.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil y el Código civil é historia gene-
ral de la legislación española*, t. V, vol. 1.º (Derecho de familia), 2.ª edición,
Madrid, 1898.
- SASTRE PAPIOL, S.: «Comentario al artículo 84 LC», en SAGRERA TIZÓN, J. M./
SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley
Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 1033 ss.
- SCHÄFER, C.: «Comentario al § 13», en CANARIS, C. W./SCHILLIG, W./ULMER, P.
(eds.), *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, 4.ª edición, 2004.
- STODOLKOWITZ, H. D.: «Comentario al § 84 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI,
H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*,
t. I, Munich, 2001.
- SCHUMANN, E.: «Comentario al § 37 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J. /
STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I,
Munich, 2001.
- «Comentario a los §§ 333 y 334 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./
STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. III,
Múnich, 2001.
- TORRALBA, V.: «Comentario al artículo 1373 CC», en AA.VV., *Comentarios a las
reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1734 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario al artículo 84 LC», en CORDÓN, F.
(dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 650 ss.
- «Comentario al artículo 86 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley
Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 676 ss.
- «Aspectos concursales en la sociedad irregular», en IGLESIAS PRADA, J. L.
(coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III,
Madrid, 1995, pp. 3643 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: «Comentario al artículo 77 LC», en SAGRERA, J. M./SALA
REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Con-
cursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 979 ss.
- VILA RIBAS, C.: voz «gananciales», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid,
1995, pp. 3226 ss.

VIRGÓS, M.: *El trust y el derecho español*, Madrid, 2006.

WEBER-GRELLET, H.: «Die Gesamthand –ein Mysterienspiel?», *AcP*, núm. 182, 1982, pp. 316 ss.

YÁÑEZ RIVERO, F.: «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2002, pp. 1-12.