

# La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores

## *The preferential assignment of the marital housing to the non debtor spouse in the insolvency proceeding*

por

MARIO SÁNCHEZ LINDE

*Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** El artículo 78.4 de la Ley 22/2003, Concursal, permite al cónyuge del concursado solicitar que la vivienda matrimonial se adjudique con preferencia en su haber en la liquidación de la sociedad de gananciales, dentro del concurso de acreedores. En este trabajo se analizan cuestiones como el sentido y la finalidad del precepto en la Ley Concursal, los requisitos legales para proceder a la atribución preferente de la vivienda ganancial, su incardinación en el proceso concursal, o cuáles son los parámetros a utilizar para la valoración de la vivienda. El artículo finaliza realizando una consideración crítica sobre el texto vigente del artículo y la normativa actual referente a la vivienda matrimonial y el concurso de la persona física.

**ABSTRACT:** *The 22/2003 law, of insolvency, 78.º4 provision, allows to the non debtor spouse to demand that the marital housing be preferentially awarded on his possession about the marriage partnerships settlement. This work analyzes matters like the meaning and purpose of the provision in the insolvency*

*law, the legal requirements to proceed with preferential award of the marital housing, its including in the insolvency process, or what are the parameters to use to value the housing. The work finishes making a critical reflection about the current text of the provision and the present regulation regarding the marital housing and the individual's insolvency proceeding.*

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda. Matrimonial. Cónyuge. Concurso. Atribución.

**KEY WORDS:** House. Marital. Spouse. Insolvency Proceeding. Assignment.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. EL CONCURSO DE ACREEDORES, LA PERSONA CASADA Y LA VIVIENDA MATRIMONIAL.—II. ORIGEN Y SENTIDO DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA.—III. SOLICITUD DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA. REQUISITOS PARA SU ADJUDICACIÓN: 1. LA SOLICITUD DE ATRIBUCIÓN POR PARTE DEL CÓNYUGE NO CONCURSADO. TRÁMITE DENTRO DEL PROCESO CONCURSAL. 2. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA MATRIMONIAL.—IV. CONCEPTO DE VIVIENDA MATRIMONIAL EN ESTA SEDE.—V. VALORACIÓN DE LA VIVIENDA.—VI. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL.

## I. INTRODUCCIÓN. EL CONCURSO DE ACREEDORES, LA PERSONA CASADA Y LA VIVIENDA MATRIMONIAL

Según la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, en adelante, LCon), la declaración de concurso de acreedores de una persona necesita como presupuesto objetivo la insolvencia del deudor (art. 2.1 LCon), entendida esta como la situación en la que el concursado no puede hacer frente de manera regular a sus obligaciones exigibles<sup>1</sup>. Actualmente la declaración y el procedimiento del concurso de acreedores en la ley es aplicable a cualquier deudor, ya sea persona física o persona jurídica (art. 1.1 LCon), cuestión que con frecuencia ha sido criticada por la doctrina; efectivamente en nuestro sistema concursal no se ha establecido un procedimiento específico para el concurso de los particulares no empresas, que necesariamente debería incluir las especialidades destinadas a tratar el sobreendeudamiento o insolvencia de las personas físicas, sobre todo en los supuestos en los que aquellos no han actuado de mala fe.

Puede por tanto ser declarada en concurso de acreedores toda persona que recaiga en insolvencia, siendo indiferente además que esté o no casada y cuál

sea su régimen económico matrimonial. Ciertamente el hecho de que el deudor concursado esté casado no influye en su declaración como tal, aunque en este caso sí que existen algunas peculiaridades relevantes en tanto al tratamiento que la Ley Concursal dispensa a la situación de insolvencia, sobre todo en la composición de la masa activa y la posible disolución del matrimonio, y más específicamente en lo que respecta a la formación y reintegración de la masa activa del concurso, así como en la liquidación del patrimonio del deudor.

Efectivamente el legislador presta atención a la circunstancia de que junto a los bienes privativos del deudor recaído en concurso, puede existir un patrimonio común del que es titular igualmente el cónyuge no deudor —y por tanto no concursado—, patrimonio que igualmente podría responder de las deudas contraídas por los cónyuges aunque estos hubieran actuado de forma individual. En este sentido, el artículo 77 LCon establece con carácter general:

Artículo 77: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

En el supuesto de concurso de acreedores de persona casada, por tanto, la masa activa del concurso comprenderá los bienes y derechos privativos del deudor concursado, y si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales —o cualquier otro de comunidad—, responderán y se integrarán también en la masa «los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Faculta igualmente el artículo 77 LCon al cónyuge no deudor para solicitar en este caso la disolución de la sociedad —o comunidad conyugal— al Juez que conozca del concurso<sup>2</sup>.

Así pues si el cónyuge del deudor insolvente casado en régimen de gananciales no desea verse afectado por el concurso de acreedores, posee el recurso de solicitar la disolución de la sociedad ganancial al Juez Mercantil que esté conociendo del concurso; el Magistrado deberá acordar entonces la liquidación o división del patrimonio común, que además «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso» (art. 77.2 *in fine* LCon).

En lo que respecta a la vivienda habitual del matrimonio, el apartado 4 del artículo 78 LCon manifiesta en los siguientes términos:

Artículo 78.4: «Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y proce- diere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance o abonando el exceso».

De esta forma si la vivienda del matrimonio es común —y responde igual- mente de las deudas contraídas por el concursado—, con una finalidad pro- teccionista se permite de forma expresa al cónyuge no recaído en concurso solicitar que se le adjudique la vivienda de modo preferente en su haber, en la subsiguiente liquidación de los bienes gananciales. Sabiendo así que la insol- vencia de un deudor, si es persona casada, tiene una incidencia especialmente grave en la situación de la familia, se propone por parte de la ley que cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial —o perteneciese a los cónyuges en comunidad conyugal—, y hubiera de liquidarse la sociedad de gananciales, el cónyuge del deudor pueda solicitar que la vivienda matri- monial se incluya preferentemente en su lote resultante de la liquidación, hasta el máximo del valor hasta donde aquel llegue, o bien abonando el exceso de valor que excediera del mismo lote.

Debe hacerse notar que la vivienda perteneciente al matrimonio está sujeta a las normas generales relativas a la responsabilidad patrimonial, y no está exenta de ser objeto de ejecución y embargo; dicho de otra forma, no es un bien inembargable ni que se encuentre al margen del proceso concursal. Por ello, la norma dispensa la posibilidad al cónyuge no deudor de que la vivienda del matrimonio permanezca en el núcleo familiar antes de que los acreedores concursales puedan ejercer sus derechos frente a ella. Para ello y con la finalidad de no dañar sus intereses —ni la masa activa del concurso— tendrá el cónyuge que abonar a la masa activa el exceso de valor, de haberlo, de la vivienda que pretende sustraer en lo que exceda de su mitad resultante de la división del haber ganancial<sup>3</sup>.

## II. ORIGEN Y SENTIDO DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCUR- SAL. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El artículo 78 LCon se integra en la Ley Concursal dentro del Título IV, Capítulo II, Sección 1.<sup>a</sup>, relativa a la «composición de la masa activa», aunque este precepto está estrechamente relacionado con la reintegración de la masa, ya que incluye ciertas presunciones de donación orientadas al ejercicio de acciones de reintegración<sup>4</sup>. Este tipo de presunción, destinada a evitar las operaciones que fraudulentamente pudieran realizar los cónyuges entre ellos y fueran per-

judiciales para los acreedores, se denomina comúnmente «presunción muciana concursal», y ha sido estudiada por abundante doctrina, a la que nos remitimos<sup>5</sup>. El artículo 78 LCon también incluye en su apartado 3.º —de manera quizá no muy ortodoxa— la consideración como divisibles de los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, e igualmente incluible en la masa activa la mitad de los bienes correspondiente al concursado<sup>6</sup>.

El origen legislativo del artículo 78.4 de la Ley Concursal no deja de ser peculiar, pues no se encontraba en la redacción del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, ni en el Proyecto de Ley Concursal de 22 de julio de 2002. Tampoco hubo enmiendas de ningún grupo parlamentario en el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso referidas a la posible sustracción de la vivienda matrimonial de la masa por el cónyuge no concursado, ni enmienda alguna del Senado que mencionara el apartado cuarto del artículo 78 LCon; la inclusión del mencionado apartado proviene definitivamente del Dictamen de la Comisión del Senado<sup>7</sup>.

En cuanto a la finalidad del precepto, su fundamento es el mismo que el ideado para la vivienda adquirida con pacto de supervivencia en el artículo 78.3 LCon, cual es posibilitar que el hogar matrimonial —cuando sea ganancial— se atribuya al cónyuge no deudor y se excluya de la acción de los acreedores concursales. Ya se ha mencionado que la vivienda ganancial del concursado se ve igualmente afectada por el concurso de acreedores, y ello no solo por su responsabilidad civil ordinaria, sino también desde el momento en que el artículo 77.2 LCon señala expresamente que «si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Se pretende así por parte de la ley otorgar la posibilidad al cónyuge del concursado de hacerse único propietario —compensando económicamente a la masa del concurso, en su caso— de la vivienda habitual del matrimonio, sustrayéndose a la acción del concurso y evitando por tanto gravosos perjuicios al grupo familiar con el que conviva.

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes, como es sabido, cada uno de los cónyuges es el único titular de sus bienes y derechos, y responde con su propio patrimonio de las deudas que hubiera generado frente a terceros<sup>8</sup>; de esta forma y bajo este régimen, la declaración de concurso de acreedores de uno de los integrantes del matrimonio implica que solamente se integran en la masa activa del concurso sus bienes individuales. Por el contrario y de nuevo en el régimen de bienes gananciales, si bien es cierto que el artículo 1320 del Código Civil requiere, como norma especial, el consentimiento de los dos integrantes del matrimonio para llevar a cabo actos de disposición sobre la vivienda matrimonial —aunque sea privativa de uno solo de los cónyuges—, ello no impide que la vivienda habitual del matrimonio, como cualquier otro elemento patrimonial, esté exenta de acciones de ejecución y embargo iniciadas

por terceros acreedores. De manera que en el supuesto de acontecer una posible situación de insolvencia y concurso de acreedores, pasará a integrar la masa activa del concurso al margen de su condición de bien ganancial o privativo del cónyuge deudor.

La práctica totalidad de los autores que han analizado la cuestión vienen a coincidir que con esta atribución preferente planteada por el artículo 78.4 LCon, la norma tiene la intención de facilitar, en la división y liquidación de los bienes conyugales, la continuidad de la vivienda matrimonial en el patrimonio del cónyuge no deudor —y no culpable del concurso—, y ello porque el hogar matrimonial no solo satisface una necesidad básica de la familia, sino que también es normalmente su principal activo patrimonial<sup>9</sup>.

El legislador concursal permite así, cuando la disolución de la sociedad de gananciales ha sido instada por el cónyuge no concursado (art. 77.2 LCon *in fine*), la posibilidad de que este último pueda anticiparse al devenir del concurso e incluir con preferencia en su mitad, dentro de la liquidación de la sociedad ganancial, la vivienda habitual del matrimonio; y para no perjudicar a la masa activa ni los legítimos intereses de los acreedores concursales, le obliga a compensar económicamente el exceso de valor de la vivienda cuando este exceda del haber que le correspondería por mitad en la división del patrimonio común.

En el Código Civil no existe una norma semejante a la que se observa en el texto del artículo 78 LCon, aunque el apartado 4.º del precepto define un derecho de preferencia a favor del cónyuge del concursado en un sentido parecido a las atribuciones de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil; aunque en el supuesto que analizamos es la situación concursal del cónyuge lo que provoca su aplicación, y no la muerte del mismo. El artículo 1406 del Código Civil establece, en el supuesto de la liquidación de la sociedad de gananciales, que «cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance», entre otros bienes patrimoniales, «en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual» (p. 4.º). El artículo 1407 del Código Civil también contempla una atribución preferente, o bien un derecho de uso o habitación, en torno a la vivienda habitual —además de para el local de ejercicio de la profesión—, y precisa que si su valor «superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero»<sup>10</sup>.

Efectivamente la atribución del derecho preferente al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores es bastante similar al ya instaurado en el Código Civil para el cónyuge viudo. En ambos casos el cónyuge cotitular del bien —en el marco de la sociedad de gananciales— puede solicitar con preferencia que en su cuota del patrimonio común se incluya la vivienda en la que reside o ha venido residiendo, dentro de la procedente liquidación del haber resultante y hasta donde este llegue, abonando en caso de superarlo la diferencia de valor. Todo ello además tintado del mismo afán de proteccionismo familiar, tanto en

el caso de muerte y viudedad en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, como para el cónyuge no deudor en el artículo 78.4 LCon<sup>11</sup>.

La norma derivada del artículo 78.4 LCon parece implicar una excepción al principio general de igualdad del Código Civil recogido en el artículo 1404 del Código Civil, principio que supone la división por mitades a los cónyuges en caso de disolución de la sociedad de gananciales. De nuevo este carácter excepcional se identifica con el ya existente y reconocido por los artículos 1406 y el subsiguiente 1407 del Código Civil, en el supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del otro cónyuge; efectivamente en ambos casos puede observarse una alteración del contenido normal — 50 por cien — de las cuantías en las que deberían dividirse los lotes del patrimonio neto resultante de los bienes gananciales<sup>12</sup>. Aunque la finalidad de ambas normativas sea pareja (habilitar al cónyuge para que pueda obtener la propiedad de la vivienda en la que venía residiendo), el artículo 78.4 supone una novedad en cuanto a que dispone esta atribución preferente *en vida* de ambos cónyuges. Algunos autores han considerado esto una «mejora» en cuanto al tratamiento de los bienes gananciales en la Ley Concursal, frente al régimen ordinario del Código Civil<sup>13</sup>.

A nivel técnico, lo que se reconoce al cónyuge no deudor en la Ley Concursal no sería tanto un derecho a conservar su mitad ganancial de la vivienda, que también, sino más bien una facultad de adquisición sobre la parte del bien que no es únicamente suyo —parte ganancial del otro cónyuge—, y que en circunstancias normales pasaría a integrarse en la masa del concurso. Los autores que han analizado el precepto suelen considerar esta facultad como un derecho de adjudicación preferente, o un privilegio de origen legal para el cónyuge del concursado<sup>14</sup>.

En cualquier caso y según el texto legal, el cónyuge del concursado tendrá derecho dentro del procedimiento de reparto de liquidación de la sociedad ganancial a que la vivienda se incluya en su cuota, si lo solicita, y con ello evitar que se adscriba a la masa activa del concurso; en esa tesitura podrá pasar a ser propietario de la vivienda, y ahora no solo en parte como antes, sino en su totalidad. En los supuestos en los que el valor de la vivienda supere a lo que correspondiese a su cuota en la adjudicación, para obtener la plena propiedad del bien la ley le exige abonar la diferencia de valor a la masa activa del concurso, no perjudicando así el devenir del proceso concursal ni a los acreedores que se sitúan en la masa pasiva.

En lo que respecta a la ordenación sistemática del apartado 4.º, es llamativo el hecho de que tal apartado se haya integrado dentro del artículo 78 de la Ley Concursal, dedicado a la regulación de las especialidades propias del concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. Probablemente y al contrario, la materia objeto de regulación del apartado 4.º debería haberse enmarcado, en una concepción sistemáticamente coherente, dentro del artículo 77 LCon, el cual se ocupa de la problemática relativa al régimen de sociedad de

gananciales del concursado u otro de comunidad de bienes<sup>15</sup>. Es posible que esta aparente disfuncionalidad venga motivada por causa de haberse tratado en el apartado anterior (ap. 3.º) del artículo 78 sobre la vivienda matrimonial adquirida mediante pacto de supervivencia; o tal vez y como ha sugerido algún autor, ello fue como consecuencia de la inclusión tardía del referido apartado 4.º en el texto proveniente de la Comisión del Senado, a la cual ya nos hemos referido con anterioridad<sup>16</sup>.

La doctrina no ha dejado de percibir esta circunstancia, así como que una mención de este tenor se introdujese en el artículo 78, precepto dedicado concretamente a la presunción de donaciones en régimen de separación de bienes y al pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Se ha criticado así esta ubicación, en parte contraria a la ordenación sistemática, considerando que hubiera sido más correcto localizar la atribución preferente en el artículo 77 LCon<sup>17</sup>.

### III. SOLICITUD DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA. REQUISITOS PARA SU ADJUDICACIÓN

#### 1. LA SOLICITUD DE ATRIBUCION POR PARTE DEL CONYUGE NO CONCURSADO. TRÁMITE DENTRO DEL PROCESO CONCURSAL

El artículo 78 LCon no especifica cuándo debe instar el cónyuge del concursado la atribución preferente de la vivienda matrimonial, si así decide hacerlo. Esta deberá solicitarse al Juez Mercantil antes de haberse dictado el *auto de declaración* de concurso de acreedores, pues así se deriva del artículo 21 LCon; este artículo plantea en su apartado 1.º que «el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: [...] 7.º. En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales». De esta forma la petición a la que nos referimos debería realizarse, en puridad, *junto con la solicitud* de la disolución de la sociedad de gananciales, y ello antes del auto de declaración de concurso, pues si no difícilmente el Juez podrá decidir sobre la formación y el contenido de la pieza separada<sup>18</sup>.

Seguidamente a la pieza separada, constante la solicitud de atribución preferente de la vivienda, deberá tramitarse la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges según los artículos 1396 y sigs. del Código Civil, y 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elevándose la petición a la Sección V del Concurso (convenio y liquidación). Así se desprende de nuevo del artículo 77.2 LCon, el cual prescribe que cuando el cónyuge desee instar la disolución de la sociedad de gananciales, «el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Por tanto una vez



puesta en práctica la facultad del cónyuge, solicitada la atribución preferente y abierta la pieza separada, si el Juez decide su procedencia se pasará a tramitar la adquisición de la vivienda dentro de la coordinación mencionada en el artículo 77.2 LCon, pues esta se localizaría en el marco de las operaciones de división del patrimonio<sup>19</sup>.

Hemos de percatarnos de que el artículo 77.2 de la Ley Concursal *permite* al cónyuge no concursado pedir la disolución de la sociedad de gananciales de la que forman parte sus bienes, con lo que aquel no tiene una obligación en este sentido; podría por tanto optar por dejar intacto el patrimonio común, sin beneficiarse tampoco entonces de la adjudicación de la vivienda matrimonial. Para ello sería suficiente no actuar con respecto al trámite del auto de declaración del concurso de acreedores por parte del Juez, pues recuérdese que la solicitud de división de la sociedad de gananciales —adherida la solicitud de atribución preferente de la vivienda— habría de realizarse antes de que se dicte el auto conforme al artículo 21 LCon<sup>20</sup>.

## 2. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA MATRIMONIAL

A nivel introductorio conviene precisar que el derecho de atribución preferente de la vivienda matrimonial, *ex* artículo 78.4 LCon, solo puede operar en los casos de matrimonio vigente al tiempo del concurso, y no para parejas de hecho u otras situaciones de convivencia asimiladas. Así se desprende del tenor literal de la norma, pues tanto el artículo 77 como el 78 LCon en todo momento hablan de «cónyuge» y «matrimonio»<sup>21</sup>.

Técnicamente el primer requisito legal para conceder la atribución preferente, por parte del Juez que esté conociendo del Concurso, consistirá en que el cónyuge no deudor decida solicitar, y así lo haga efectivamente, la disolución de la sociedad de gananciales —y paralelamente la atribución de la vivienda matrimonial—. Si el cónyuge no opta por la disolución de la sociedad de gananciales, no puede solicitar ni beneficiarse de la atribución preferente de la vivienda matrimonial; ello no solo por lógica, sino también porque el artículo 78.4 LCon dispone que tal privilegio podrá darse cuando «procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad»; esta *liquidación procedente* no puede ser otra que la requerida por el cónyuge no deudor *ex* artículo 77.2 LCon<sup>22</sup>.

Aunque hubiera solicitado la disolución de la sociedad de gananciales, el cónyuge del concursado tampoco está obligado a ejercitar la atribución preferente de la vivienda matrimonial. Esta circunstancia podrá darse posiblemente cuando el cónyuge no deudor se viera compelido a abonar la diferencia de precio de la vivienda a la masa del concurso, por exceder del valor de lo que

le corresponde a su lote en la división del patrimonio ganancial; y ello sobre todo cuando ese abono suponga un desembolso considerable. En el supuesto de que el cónyuge no requiera el privilegio de la atribución preferente, aunque sí que haya instado la disolución de la sociedad de gananciales, ha de pechar con el riesgo de que la vivienda sea ejecutada y pueda ser objeto de reparto entre los acreedores concursales. En este caso, sin embargo, se supone que la mitad de su valor también habría de compensársele al cónyuge en la liquidación del patrimonio (art. 1404 del Código Civil), pues aunque no pidió la atribución preferente de la vivienda, se le debe adjudicar la mitad de aquella como bien ganancial<sup>23</sup>.

Como segundo condicionante para poder proceder a la adquisición preferente del artículo 78.4 LCon debe exigirse, evidentemente, que los cónyuges estén casados en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes. Sin duda del texto de los artículos 77.2 y 78.4 LCon puede extraerse que la adquisición de la vivienda es legalmente viable cuando el régimen económico matrimonial es el de bienes gananciales, y también cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya acordado por los cónyuges un régimen de comunidad (arts. 1315 y 1325 y sigs. del Código Civil).

En tanto a la normativa autonómica y foral española atinente a los regímenes económico matrimoniales, han surgido dudas doctrinales en cuanto a si este privilegio de atribución preferente puede aplicarse a los regímenes matrimoniales propios de las regiones con competencias legislativas sobre la cuestión, normalmente negando tal posibilidad. Se ha postulado en este sentido que lo que la Ley Concursal realiza con el artículo 78.4 LCon es modificar el régimen general sobre división y adjudicación del patrimonio común del matrimonio, cosa que el legislador estatal no debería poder hacer en relación a la normativa autonómica competente en la materia. De esta manera y como han señalado algunos autores, la referencia al artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución —y la competencia estatal en materia mercantil— que efectúa la Disposición Final 32.<sup>a</sup> LCon no debería justificar que la ley nacional pueda imponer un derecho de atribución general, no relacionado directamente con las normas materiales del concurso de acreedores<sup>24</sup>. Ello podría impedir consiguientemente la aplicación del privilegio a los matrimonios regidos por regímenes de comunidad no estatales.

De seguirse esta línea argumental, no carente de fundamento, el derecho de atribución preferente de la vivienda solo se predicaría de los matrimonios vinculados por el derecho estatal, aunque también pueden encontrarse argumentos que postulen que tal privilegio puede ser igualmente aplicable a las demás regiones. Puede alegarse así que la aplicación del artículo 78.4 LCon no depende solo de la normativa civil del lugar donde esté radicada la vivienda, pues el legislador permite, dentro de un proceso concursal, que se sustraiga la vivienda familiar de la masa activa del concurso —y por tanto, de los acreedores— si el cónyuge no concursado actúa en este sentido. Es decir, la norma solamente operaría en

el caso de que el cónyuge no deudor hubiera decidido primero instar la disolución de la sociedad de gananciales, y además solicitar que se le atribuya con preferencia la vivienda matrimonial; fuera de este supuesto concreto la vivienda matrimonial no es inatacable independientemente de la norma civil o foral vigente, y pasará a integrar la masa activa del concurso como cualquier otro bien.

Igualmente hemos de recordar que la norma en cuestión se deriva de una intención protectora del cónyuge no deudor y del núcleo familiar, que en principio no han generado la situación de insolvencia. Otorgar el beneficio a unos cónyuges de buena fe y a otros no dependiendo de la normativa matrimonial vigente en su comunidad autónoma, podría resultar si cabe un agravio comparativo. Sabiendo además que los intereses de los acreedores no se verían afectados si el cónyuge abona a la masa del concurso el excedente de valor que pudiera superar su haber ganancial, la cuestión podría estar aún abierta a distintas interpretaciones<sup>25</sup>.

El tercer requisito que exige el artículo 78.4 para su aplicación es que la vivienda en que reside habitualmente el matrimonio pertenezca a la comunidad conyugal, y no sea privativa de alguno de los cónyuges. No procedería de esta forma aplicar el privilegio, según el texto de la ley, cuando la vivienda sea de los dos cónyuges en copropiedad, pero estén casados en régimen de separación de bienes<sup>26</sup>.

Cuando la vivienda sea en parte ganancial y en parte privativa, la situación puede llegar a ser complicada en determinar si procede el privilegio del artículo 78.4 LCon. Tal vez interpretando la norma a favor del cónyuge del concursado y conforme a su finalidad protectora, podría proceder la concesión de la adquisición preferente para el cónyuge no deudor, compensando en su caso el exceso de valor —ganancial— a la masa activa, de superar proporcionalmente dicho valor ganancial su cuota en la liquidación de la sociedad.

Una vez cumplidos los requisitos examinados, del tenor imperativo de la ley se extrae que el Juez concursal no puede negar el privilegio de atribución al cónyuge no concursado que lo hubiera solicitado<sup>27</sup> —tampoco pueden negarlo los administradores concursales—, y debería proceder a dictaminar la adjudicación de la vivienda al cónyuge en su cuota ganancial dentro de la liquidación; bastará así que el Magistrado compruebe, en caso de que el valor exceda de su lote, el depósito de la cantidad monetaria pertinente en la masa activa del concurso.

Cabe hacer una última argumentación en este epígrafe, y es que el contenido del artículo 78.4 LCon no precisa si la atribución preferente que incorpora opera solamente cuando la comunidad de bienes gananciales viene a liquidarse por causa de la existencia de un proceso concursal sobre uno de los cónyuges, o también por otra causa que en el tiempo coincidiese con la tramitación del concurso. En lo que al texto del precepto se refiere, no se exige expresamente que la disolución del régimen económico matrimonial se produzca como consecuencia del concurso de acreedores, y podría quizá ser suficiente con que la

liquidación se efectúe coetáneamente con el devenir del proceso concursal. Sin embargo, parece complicado que la Ley Concursal establezca por sí misma un criterio de adjudicación de la vivienda para supuestos distintos de la propia existencia del concurso de acreedores<sup>28</sup>.

Ese es en nuestra opinión el espíritu de la norma, de lo cual por cierto no cabría mayor duda si la previsión del apartado 4.º se hubiera incluido en el artículo 77 LCon, como era su lugar natural<sup>29</sup>. De nuevo la deficiente sistemática legal plantea problemas interpretativos, aunque en la práctica y en los supuestos en los que la sociedad de gananciales se disuelva por motivos ajenos al concurso —por ejemplo, por un divorcio consensuado— estando pendiente el proceso concursal, ante el texto literal de la norma seguramente no se le pudiera negar el privilegio al cónyuge que, de cualquier forma, viera peligrar sus bienes gananciales por el concurso de acreedores<sup>30</sup>.

#### IV. CONCEPTO DE VIVIENDA MATRIMONIAL EN ESTA SEDE

Procede ahora examinar qué debe entenderse por vivienda matrimonial a efectos del artículo 78.4 LCon, vivienda que por tanto podrá ser susceptible de beneficiarse de la sustracción de la masa del concurso a favor del cónyuge no deudor. No es este un tema menor, pues recuérdese de nuevo que la vivienda familiar supone para la mayoría de las familias su principal activo de patrimonio.

El artículo 78.4 LCon reza textualmente que el cónyuge no concursado podrá efectuar la sustracción «cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial...». Así pues, el derecho de preferencia por parte del cónyuge no concursado debe necesariamente referirse a la *vivienda habitual* u ordinaria del matrimonio, y no a otros posibles alojamientos en los que pudieran residir temporalmente los cónyuges; de manera directa deberían excluirse así otros lugares o inmuebles como garajes, locales comerciales, naves, o almacenes, aunque también pertenecieran a la pareja en régimen de bienes gananciales<sup>31</sup>. Debe por tanto comprenderse como vivienda habitual del matrimonio, a estos efectos, aquella en la que los cónyuges conviven regularmente como núcleo básico de su grupo familiar; solo en este supuesto y no en otros, es cuando auténticamente la vivienda matrimonial debería asignarse al cónyuge *in bonis*, según puede deducirse del espíritu de la norma y su cariz proteccionista. Por tanto se excluirían igualmente del rango de acción del artículo 78.4 LCon las segundas viviendas, residencias de vacaciones o de temporada, viviendas ya no ocupadas por los cónyuges o compradas en suelo urbano con finalidades de inversión, y ello aunque hubieran residido efectivamente en las mismas<sup>32</sup>.

Si fueran varias las viviendas matrimoniales, es decir, en las que los cónyuges (o alguno de ellos) residen con habitualidad, la doctrina suele acudir a la tramitación parlamentaria de la inclusión del apartado cuarto del artículo 78

LCon, donde efectivamente se planteó el supuesto de que pudieran existir diferentes viviendas habituales; en estos casos finalmente se dictaminó que «la adjudicación también ha de ser preferente a favor del cónyuge no deudor para garantizar la adscripción familiar». Consecuentemente y conforme a este criterio, debería atribuirse la preferencia de adjudicación también al cónyuge en este supuesto, aunque hubiera varias viviendas, y referido a *la que estuviese ocupando* el cónyuge del deudor concursado en cada supuesto, junto con su familia en su caso<sup>33</sup>.

En el mismo orden de ideas y existiendo varias viviendas pertenecientes a los cónyuges, algunos autores han querido observar un elemento subjetivo o afectivo en cuanto a identificar cuál es la que debe ser objeto de protección *ex* artículo 78.4 LCon, y consistente en atribuir a alguna de las residencias existentes el carácter de «matrimonial» dentro de la óptica familiar<sup>34</sup>. No llegamos a compartir esta visión, debiendo en nuestra opinión imponerse el criterio de la residencia habitual efectiva; lo cual no quiere decir que el Juez del Concurso no deba de escuchar a los cónyuges y sus peticiones o preferencias —y cohesionar este elemento volitivo con los intereses de los acreedores y la opinión de los administradores concursales—, a la hora de proceder a la sustracción de la vivienda de la masa activa y su atribución al cónyuge no concursado.

Los bienes muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y constituyan igualmente la vivienda habitual del matrimonio (como pueden ser casas prefabricadas, o estructuras que posean la cédula de habitabilidad), creemos que también deberían incluirse en la órbita del precepto y beneficiarse de la preferencia, pues el artículo 78 realmente no se refiere a bienes muebles o inmuebles, limitándose a establecer que goza del privilegio de atribución la «vivienda habitual del matrimonio»<sup>35</sup>. Esta solución debería asimismo acogerse en el cada vez más habitual supuesto, sobre todo en las grandes ciudades, de locales habilitados legalmente como viviendas («lofts»); en este caso tales inmuebles pueden constituir la vivienda habitual del matrimonio a todos los efectos, y su antigua condición de local comercial no debe obstaculizar su inclusión en el beneficio de adjudicación del cónyuge del concursado<sup>36</sup>. Ha de recordarse de nuevo el carácter de protección familiar del cual está imbuido el artículo 78.4 LCon.

En lo que se refiere al mobiliario y enseres gananciales de la vivienda familiar, posiblemente también deberían comprenderse incluidos en el privilegio que concede el artículo 78.4 al cónyuge no deudor. Debemos acoger de nuevo la interpretación de la ley que más favorezca al cónyuge no concursado, máxime cuando los intereses de los acreedores concursales no van a salir perjudicados si aquel va a abonar el exceso de su lote, en la liquidación de la sociedad y en su caso, del valor de la vivienda a la masa del concurso. No debe olvidarse tampoco que tratamos de un supuesto donde los créditos de los acreedores van a satisfacerse no solo con el posible abono del exceso de adjudicación por el cónyuge no concursado, sino también con el patrimonio restante del propio

deudor (bienes muebles o inmuebles, valores mobiliarios o financieros, créditos a su favor, etc.); desde esta perspectiva no parece oportuno sacrificar en favor del concurso de acreedores el mobiliario básico de la residencia, donde también pueden —y suelen— convivir hijos menores o personas de avanzada edad.

Así puede interpretarse nuevamente de la intención legislativa del artículo 78.4 LCon, cual es proteger al cónyuge no concursado y su familia. Además y no obstante, de estos enseres habría que restar los que se encontrasen en la vivienda, pertenecientes al concursado y que tengan la consideración de inembargables, que no se incluyen en la masa concursal en modo alguno. Efectivamente, hemos de hacer notar que los bienes declarados inembargables no forman parte de la masa activa del concurso, desde el momento en que el artículo 76.1 LCon establece que «constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento», aunque seguidamente el apartado segundo del mismo precepto matiza que «se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables»<sup>37</sup>.

## V. VALORACIÓN DE LA VIVIENDA

Una cuestión sin duda relevante a los efectos de la operativa que se describe en el artículo 78.4 LCon es determinar los parámetros de valoración de la vivienda matrimonial; máxime cuando el mismo apartado no dispone ninguna regla de valoración de la vivienda, ni en cuanto a su precio de adjudicación ni, en los supuestos en que proceda, el abono del exceso. Ciertamente el artículo 78.4 no precisa cómo se realiza la valoración de la vivienda que puede atribuirse con preferencia al cónyuge no concursado, a efectos de saber cómo afecta este valor al alcance de su mitad de bienes gananciales en la liquidación de la sociedad, o la cantidad que debiera abonarse como exceso en su caso. Surgen así dos posibilidades de valoración en este contexto; la primera consistiría en concebir el valor de la vivienda conforme al precio de mercado, o bien y en segundo lugar, valorar la misma según la previsión de apartado 3.º del artículo 78 LCon, esto es, el precio de adquisición actualizado conforme al Índice de Precios al Consumo, sin que supere el valor de mercado<sup>38</sup>.

Por razones de sistematicidad técnicamente podría aplicarse la norma de valoración del artículo 78.3, que propone que la vivienda habitual adquirida por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia —y que puede ser adjudicada al cónyuge no concursado abonando a la masa la mitad de su valor— tiene que valorarse según el «precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mer-

cado». De esta forma y aunque no se trate en este supuesto de una vivienda adquirida con pacto de sobrevivencia por los cónyuges, pudiera ser más lógico jurídicamente, ante lo similar de la mecánica de la ley (atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge abonando a la masa parte de su valor), elegir este criterio para calcular el valor de la vivienda matrimonial.

Esta suele ser la orientación de la doctrina por identidad de objetivos de ambas normas, es decir, elegir la valoración de la vivienda basada en el precio de adquisición actualizado según el IPC —*ex* artículo 78.3 LCon —, pero *no* el *general*, sino el *específico* según el texto de la norma<sup>39</sup>. Esta regla valorativa inserta en la Ley Concursal, sin embargo, no ha dejado de recibir críticas. En primer lugar porque no hay dentro del Índice de Precios al Consumo ninguna sección ni apartado que se refiera específicamente a la vivienda habitual; efectivamente no existe un IPC específico para ese concepto de vivienda, y aún menos para «vivienda habitual matrimonial», con lo que la norma provoca en ese contexto cierta indeterminación<sup>40</sup>.

Además con esta operativa pueden surgir problemas de coordinación con el artículo 82.1 de la Ley Concursal, que impone la obligación a los administradores concursales de realizar un inventario de los bienes de la masa activa, entre los cuales deberá incluirse la vivienda matrimonial<sup>41</sup>. Este precepto asume que la norma de valoración para configurar el inventario es el *valor de mercado* (art. 82.3 LCon), con lo que surgiría una contradicción con el criterio especial valorativo del artículo 78.3, en este caso acogido igualmente para la valoración de la vivienda matrimonial en el supuesto de su atribución preferente al cónyuge no concursado<sup>42</sup>. Se habla así en el artículo 82.3 simplemente de precio de mercado, mientras que el artículo 78.3 LCon alude al valor de mercado como una cifra tope, y determina el montante de la valoración como el precio de adquisición actualizado según el IPC —al momento de la división del haber matrimonial—. En cualquier caso y dado que son los administradores concursales quienes introducen los precios de los bienes integrantes de la masa en el inventario, tal vez una redacción realizada preventivamente teniendo en cuenta la especialidad de la vivienda matrimonial —en los casos en los que el cónyuge, por ejemplo, ya haya manifestado que pretende disolver la sociedad de gananciales y solicitar la atribución preferente de la vivienda— pudiera evitar las posibles discordancias.

Probablemente el legislador del año 2003 se dejó llevar, con intención loable para la economía del cónyuge, por el progresivo aumento del precio de la vivienda de aquella época. En ese sentido, es verdad que en los años previos al devenir de la crisis económica, el precio de la vivienda (tanto de nueva construcción como de segunda mano) creció a ritmos vertiginosos, por lo que a la hora de realizar la valoración en las adjudicaciones se producía una diferencia apreciable entre el coste de adquisición de la vivienda y el precio de mercado; así, si el cónyuge no recaído en concurso pretendía ejercitar su derecho de atribución

preferente podría verse obligado a abonar cantidades notablemente superiores a las que en su día se pagaron por la adquisición de la vivienda, con lo que la norma tenía sentido, aun con cierto menoscabo de los acreedores concursales. En la actualidad y dentro de una tendencia de precios al contrario bajista, podría ser más conveniente acudir directamente al precio de mercado, o a datos ofrecidos por sociedades de tasación de reconocido prestigio<sup>43</sup>; efectivamente a día de hoy el objetivo de la norma parece haber perdido su sentido, y tal vez una mejor opción legal sería recurrir al valor de mercado o a valoraciones encargadas por el Juzgado a sociedades de tasación<sup>44</sup>.

Ante la falta de precisiones a este respecto del artículo 78.4 LCon, probablemente no pudiera descartarse que la valoración de la vivienda matrimonial se realizara de común acuerdo entre el cónyuge del concursado y los administradores concursales, eligiendo el valor de mercado si lo desean, o acudiendo a alguna agencia de tasación solvente. Incluso en defecto de dicho acuerdo, no es descabellado que sea en última instancia el Juez quien fije el valor definitivo, oídos lógicamente el cónyuge no concursado, la administración concursal, y los expertos sobre la materia que el Magistrado estime oportuno<sup>45</sup>.

Independientemente de que la vivienda sea privativa del concursado o ganancial, conviene recordar nuevamente que esta y su valoración deben constar en el inventario de los bienes y derechos del concursado a incluir en la masa activa (art. 82.1 LCon), confeccionado por los administradores concursales<sup>46</sup>.

## VI. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL

El artículo 78.4 LCon está legalmente diseñado para los casos en que, cuando proceda disolverse la sociedad de gananciales por concurso de acreedores de una persona física, la vivienda habitual del matrimonio que tenga carácter ganancial —o pertenezca a la comunidad conyugal— pueda integrarse con preferencia en el patrimonio del cónyuge no concursado en la pertinente liquidación; si su valor excede a lo que corresponde a su cuota, deberá abonarse a la masa activa del concurso el exceso. Ya se mencionó que la doctrina suele calificar esta facultad como un derecho de adjudicación preferente, o un privilegio para el cónyuge del concursado. Tal vez asistamos simplemente a un derecho de preferencia, de origen legal y de carácter voluntario, que puede ejercitar si así lo desea el cónyuge de un deudor recaído en concurso de acreedores.

Se puede observar en esta sede una de las pocas normas que la Ley Concursal dispensa al régimen matrimonial del deudor concursado, seguramente dentro de un instrumento, como es la normativa concursal vigente, no del todo útil y eficaz para los deudores personas naturales y su situación familiar<sup>47</sup>. En todo caso y una vez realizada la atribución de la vivienda matrimonial al cónyuge no



concurado, lógicamente el proceso concursal continúa sobre los bienes comunes —la mitad resultante de la liquidación— adjudicados al cónyuge deudor<sup>48</sup>.

Indudablemente la intención de la ley es imponer una medida que proteja el patrimonio familiar dentro del concurso de acreedores de uno de los cónyuges, parecida a las que se observan en los artículos 1320, 96, o 1406 del Código Civil. La medida se materializa en una excepción a la norma general de adjudicación paritaria de bienes gananciales a cada uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad, y ello por causa de la protección del cónyuge no concursado de buena fe y su familia, que podrá continuar no solo residiendo en su hogar doméstico, sino también hacerse propietario único de la vivienda. La doctrina ha llegado a valorar de manera positiva el artículo 78.4 LCon, en tanto a que su intencionalidad se presenta como beneficiosa de los intereses del cónyuge no concursado, así como por extensión, de la supervivencia digna de la familia. Por el contrario sí se ha criticado su ubicación sistemática dentro de la ley, el planteamiento de una severa excepción a la norma general igualitaria en la liquidación de la sociedad ganancial<sup>49</sup>, así como la carencia legal en cuanto a determinar los parámetros de valoración de la vivienda si el cónyuge decide ejercitar su derecho de atribución preferente<sup>50</sup>. La norma probablemente también debería haberse ocupado de cuestiones como si el privilegio de adjudicación preferente opera en las comunidades con normativa civil o foral propia, para no causar agravios comparativos entre ciudadanos, o qué sucede cuando la vivienda matrimonial es en parte privativa y en parte ganancial.

Realmente el apartado 4.º del artículo 78 LCon presenta un contenido que *a priori* nada tiene que ver con la temática general del precepto, el cual alude y se ocupa del régimen de separación de bienes, en lo que respecta a la presunción de donaciones entre cónyuges sobre adquisiciones que puedan menoscabar la formación de la masa activa (presunción «muciana»), y los bienes adquiridos conjuntamente mediante pacto de sobrevivencia. Si dicho apartado pretende regular una cuestión referente a la disolución de la sociedad de gananciales y la subsiguiente liquidación del patrimonio común, su ubicación debería haberse localizado al final del precedente artículo 77, atinente al matrimonio del concursado casado en régimen de bienes gananciales<sup>51</sup>.

La mencionada ubicación posiblemente hubiera resuelto de primeras el problema de determinar si la atribución preferente opera también en los supuestos donde la sociedad de gananciales se disuelve por causas distintas al concurso de acreedores, pero durante la tramitación de este. Nótese así que el artículo 77.2 LCon alude a los casos donde el cónyuge del concursado puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales cuando vea sus bienes amenazados por la declaración de concurso; de esta forma y al encontrarse inmediatamente después en el texto legal la previsión que se analiza, difícilmente podría ser otra la interpretación pertinente en cuanto a la adquisición prioritaria procedente, esto es, cuando el cónyuge insta la disolución matrimonial precisamente por

causa del concurso y no por el hecho de estar pendiente o ser coincidente en el tiempo con un procedimiento concursal.

Otra cuestión no menos problemática es la ya referida falta de normas del artículo 78.4 LCon que sirvan para determinar el valor de la vivienda, siendo ello necesario no solo para ajustar los lotes patrimoniales de la mitad del haber ganancial de cada cónyuge, sino también para calcular el abono del exceso que a la masa activa debería realizar, de excederse en dicho lote, el cónyuge no concursado. La cuestión se plantea a nivel doctrinal, como ya se ha visto, en elegir el precio de adquisición de la vivienda actualizado, tal y como propone el artículo 78.3 LCon para la vivienda adquirida por los cónyuges con pacto de supervivencia, o por el contrario utilizar el valor real o valor de mercado al tiempo de realizarse la liquidación de los bienes comunes. En definitiva proponer una norma de valoración en un sentido u otro supone, por parte del legislador en este contexto, decantarse por una mayor protección de los intereses del deudor no concursado, o en cambio una mejor proyección en la satisfacción de los acreedores concursales.

En cuanto a la finalidad de la norma es complicado discrepar de su objetivo primario, cual es conservar la vivienda en el patrimonio familiar, pues de nuevo hemos de recordar que la vivienda matrimonial es, aparte de un bien de primera necesidad, normalmente el único o principal activo de importancia en las familias. No obstante ha de partirse de la base de que la vivienda matrimonial no es civilmente un bien inembargable<sup>52</sup>, y en la práctica la situación problemática para la familia se presenta en toda situación de insolvencia, independientemente de que existan normas como la incluida en el artículo 78.4 LCon<sup>53</sup>.

También es preceptivo mencionar que aun pudiendo ejercitarse la atribución preferente por parte del cónyuge no concursado, esta no podría hacerse valer ante, por ejemplo, los acreedores hipotecarios si la vivienda tuviese ese gravamen. En esta tesitura y según la normativa concursal, los acreedores ejecutarían sus derechos de crédito sobre el bien hipotecado sin que el artículo 78.4 LCon pueda condicionar su derecho real de garantía. De nuevo en estos supuestos la atribución preferente del cónyuge no deudor podría quedar vacía de contenido, otra vez, al no ostentar la vivienda matrimonial la condición de bien no embargable.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2004). Comentarios a los artículos 77 y 78. En: A. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. 1.º. Madrid: Tecnos.
- ARNAU RAVENTÓS, L. (2006). *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: Atelier.

- ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000). *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 del Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUENA CASAS, M. (2008). El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad. En: A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- (2010). La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, num. 12.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004). Comentario al artículo 78 LC. En: J. Sánchez Calero-V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Valladolid: Lex Nova.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. (2005). Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 6.
- FRADEJAS RUEDA, O. (2004). Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio (art. 78). En: Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover Garau (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, vol. 1.º. Madrid: Dykinson.
- GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., VELÉZ BUENO, J. (1985). *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus.
- HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 25.
- JIMENEZ MARTÍNEZ, M. V. (2010). El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, num. III.
- MAGRO SERVET, V. (2005). 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. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, num. 2.
- MERCADAL VIDAL, F. (2004). En: A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso Cuevillas (coords.), *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch.
- NANCLARES VALLE, J. (2010). Comentario al artículo 78. En: F. Cerdón Moreno (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- ORDUÑA, F.J. - PLAZA, J. (2004). Comentario al artículo 78. En: A. Rojo - E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.
- SASTRE PAPIOL, S. (2004). Comentario al artículo 78. En: M.A. Fernández Ballesteros (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*. Madrid: Iurgium.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (2009). El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés. En: M. Cuena Casas, J. L. Colino Mediavilla (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Madrid: Civitas.

## NOTAS

<sup>1</sup> Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, debe justificar su situación de endeudamiento y su estado real de insolvencia, que puede ser presente o inminente. Si la solicitud concursal la presenta un acreedor o acreedores, deben fundamentar esta en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes bastantes para el pago, o bien fundarla en la existencia de alguno de los hechos recogidos en el artículo 2.4 LCon.

<sup>2</sup> En general, los bienes integrados en la sociedad de gananciales responden de las deudas generadas por uno de los cónyuges, además de por el uso de la potestad doméstica, por la gestión o disposición de los bienes gananciales, su administración ordinaria, o el ejercicio de profesión u oficio (art. 1365 del Código Civil). Además están sujetos a responsabilidad los bienes gananciales en las obligaciones que hayan sido contraídas por uno solo de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro, o por los dos cónyuges conjuntamente (art. 1367 del Código Civil). Igualmente vinculan a los bienes comunes las obligaciones extracontractuales imputables a un cónyuge como consecuencia de actos en beneficio de la sociedad de gananciales, cuando no se hubiera actuado dolosamente o con culpa grave (art. 1366 del Código Civil).

<sup>3</sup> Llama la atención la presencia en el precedente apartado 3 del mismo artículo 78 LCon de una previsión parecida a la que se analiza, relativa a la vivienda conyugal adquirida por ambos cónyuges con pacto de supervivencia. En lo que respecta a los bienes adquiridos por el matrimonio mediante este pacto, dicho precepto considera divisibles tales bienes una vez declarado el concurso de acreedores, e integra en la masa activa la mitad perteneciente al concursado; a su cónyuge se le permite «adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor», y en lo referente a la vivienda matrimonial, «el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el Juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

<sup>4</sup> Artículo 78 LCon: «1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por este para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho [...]».

<sup>5</sup> Entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000). *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 del Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>6</sup> *Vid.* nota 3.

<sup>7</sup> Informe de la Ponencia del Senado, BOCG - Senado, VII Legislatura, de 27 de mayo de 2003, num. 120 (d), 259 y 306. Véase igualmente BOCG - Senado, VII Legislatura, de 4 de junio de 2003, num. 120 (e), 397 y 398.

<sup>8</sup> La única excepción a esta responsabilidad individual se encuentra en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 del Código Civil), ya que en este supuesto surge para ambos cónyuges, aun casados en régimen de separación de bienes, una responsabilidad solidaria por las deudas contraídas; e incluso subsidiaria frente a los bienes del cónyuge no deudor.

<sup>9</sup> Así ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> P. (2004). Comentarios a los artículos 77 y 78. En: A. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. 1.º. Madrid: Tecnos (945); FRADEJAS RUEDA, O. (2004). Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio (art. 78). En: Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover Garau (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003*

y 8/2003 para la Reforma Concursal), vol. 1.º. Madrid: Dykinson (821). CUENA CASAS parece distinguir un matiz, en tanto a que la protección que dispensa la ley no se destina solo al cónyuge no deudor, sino también al propio cónyuge concursado, aunque como parte del seno familiar. Opina así la autora que «La atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado realmente está evitando su agresión por los acreedores del concursado con el objeto de que ambos cónyuges, en definitiva, la familia, pueda seguir disfrutando de la misma para satisfacer su necesidad primaria de alojamiento. Por lo tanto, constituye una medida de protección de ambos cónyuges que solo tendrá lugar cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas, supuesto en el que puede plantearse la hipótesis de que exista un remanente a repartir». CUENA CASAS, M. (2008). El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad. En: A. Rojo y E. Beltrán (dirs.). *Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi (287 y 288).

<sup>10</sup> Artículo 1407: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero».

<sup>11</sup> *Vid.*, por todos, GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., VÉLEZ BUENO, J. (1985). *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus.

<sup>12</sup> No deja de ser curiosa e interesante la comparación que realiza NANCLARES VALLE identificando la declaración de concurso de acreedores como una especie de «muerte civil», que conlleva un derecho de preferencia igual al del artículo 1406 del Código Civil para el cónyuge que ha de soportar la situación. Expresa así el autor que «la declaración de concurso de un cónyuge, como si de una muerte civil se tratara, permitirá aplicar a favor del cónyuge no concursado la misma preferencia sobre la vivienda ganancial que le correspondería si fuera cónyuge supérstite». NANCLARES VALLE, J. (2010). Comentario al artículo 78. En: F. Cordón Moreno (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi (908).

<sup>13</sup> HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 25, 197 y sigs.

<sup>14</sup> Así lo califican ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, 945 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004). Comentario al artículo 78 LC. En: J. Sánchez Calero - V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Valladolid: Lex Nova (1601); Igualmente ARNAU RAVENTOS, L. (2006). *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: Atelier (56).

<sup>15</sup> En este sentido y de nuevo, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, 937.

<sup>16</sup> Así y con precisión NANCLARES VALLE (*op. cit.*, 907), quien argumenta que «la defectuosa sistemática del legislador concursal se aprecia en este apartado 4 en el que, tras referirse a lo largo de todo el artículo 78 a las personas casadas en régimen de separación, se retoma la hipótesis de los cónyuges bajo un régimen de gananciales o equivalente foral. Tal vez la razón del déficit sistemático radique en la tardía y posiblemente precipitada inclusión de este apartado en la Ley Concursal, que no estaba en el Proyecto de Ley Concursal de 22 de julio de 2002, siendo añadido en el Dictamen de la Comisión del Senado».

<sup>17</sup> Opinan que el artículo 77 hubiera sido la sede natural de este apartado, entre otros, NANCLARES VALLE, *ibidem*, y SASTRE PAPIOL, quien igualmente cree que el apartado 4.º aparece en la ley, dentro del artículo 78, «de forma asistemática y sorpresiva». SASTRE PAPIOL, S. (2004). Comentario al artículo 78. En: M.A. Fernández Ballesteros (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*. Madrid: Iurgium (424).

<sup>18</sup> Es interesante señalar que el texto vigente de la Ley Concursal ha optado por el carácter rogado de la disolución de la sociedad de gananciales, esto es, a petición del cónyuge del

concurado, mientras que en el Proyecto de Ley se establecía la disolución automática de la sociedad en el momento de declararse el concurso de acreedores (art. 76.2 PLC).

<sup>19</sup> Ha existido no obstante alguna duda doctrinal sobre si la liquidación de la sociedad de gananciales sucede, técnicamente, antes o durante la liquidación concursal; en general, los autores suelen inclinarse por la liquidación conyugal previa a la liquidación patrimonial del concurso de acreedores. Así CUENA CASAS, M. (2010). La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, num. 12, 71-91.

<sup>20</sup> Dado que la petición de medidas de aseguramiento sobre los bienes del deudor también es anterior a la declaración del concurso, no parece que haya obstáculo para que en el concurso necesario los acreedores soliciten medidas cautelares sobre la vivienda matrimonial, con depósito previo de fianza si así lo determina el Juez. *Vid.* artículo 17 LCon.

<sup>21</sup> Véase aquí ORDUÑA y PLAZA, quienes consideran que al margen de invocar el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, de momento ninguna normativa autonómica ha instaurado un derecho similar para las parejas de hecho —atribución de la propiedad—, sino como máximo una atribución de uso. ORDUÑA, F. J., PLAZA, J. (2004). Comentario al artículo 78. En: A. Rojo, E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas (1422).

<sup>22</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, quien opina que estos supuestos «no pueden ser otros que aquellos a que se refiere el artículo 77.2 de la ley concursal, que coincide en este punto con el artículo 1393.1.º del Código Civil» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, 1603).

<sup>23</sup> En el supuesto de que el cónyuge del concursado no ejercite la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes se integrarán en la masa activa del concurso —*ex* artículo 77 LCon— y pasarán a satisfacer los derechos de crédito de los acreedores, aunque dicho cónyuge no hubiera generado la situación de insolvencia y los bienes solo le perteneciesen en su mitad.

<sup>24</sup> En este sentido de nuevo DOMÍNGUEZ LUELMO, quien además precisa que la Disposición Final se refiere igualmente al artículo 149.1.8.ª de la Constitución, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, 1602).

<sup>25</sup> Observando no obstante la fuerte tradición legislativa que en derecho matrimonial y de familia ostentan ciertas regiones españolas, calificar al artículo 78.4 LCon como norma general podría resultar, en cierto modo, un criterio invasivo o perturbador de la normativa autonómica. Véase por el contrario SERRANO GARCÍA, quien entiende que con el texto del artículo 78.4 asistimos a una norma procesal y no sustantiva, y por tanto de aplicación general. SERRANO GARCÍA, J.A. (2009). El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés. En: M. Cuenca Casas, J. L. Colino Mediavilla (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Madrid: Civitas (229).

<sup>26</sup> En este sentido JIMÉNEZ MARTÍNEZ, aunque apunta la autora que en este caso la doctrina es más proclive a admitir la aplicación analógica del apartado precedente (78.3 LCon), y considerar la mitad de la vivienda del cónyuge concursado como si se hubiera adquirido por los cónyuges —casados en separación de bienes— con pacto de sobrevivencia. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. (2010). El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, num. III, 430.

<sup>27</sup> En este sentido NANCLARES VALLE, quien proclama que existente la necesaria coordinación entre la liquidación de la sociedad ganancial y el convenio o liquidación del concurso, ello implica «una llamada al Juez del Concurso», con lo que este «carece de libertad» para incluir en la masa activa la vivienda del concursado (NANCLARES VALLE, *op. cit.*, 908).

<sup>28</sup> Ya expresamos anteriormente que los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales, en tanto a la liquidación «precedente» que proponía el artículo 78.4 LCon, no podían ser otros que los del artículo 77.2, esto es, que el cónyuge hubiera solicitado la disolución de la sociedad cuando los bienes gananciales corriesen el riesgo de integrarse en la masa activa, y responder frente a los acreedores concursales.

<sup>29</sup> En contra MERCADAL VIDAL, opinando que la norma pretende facilitar el mantenimiento de la vivienda dentro de la familia cuando tenga carácter ganancial o común, y que si bien legalmente se permite al cónyuge instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de la declaración de concurso, «cabe *prima facie* que dichas disolución y liquidación se deriven de otra causa». MERCADAL VIDAL, F. (2004). En: A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso Cuevillas (coords.), *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch (406).

<sup>30</sup> Así opinan ORDUÑA y PLAZA, quienes aun reconociendo que no asistimos a un criterio general de adjudicación, expresan que al no exigirse en el texto de la ley que la disolución del régimen ganancial sea consecuencia del concurso de acreedores, será suficiente que la causa acontezca estando pendiente el proceso concursal (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1423).

<sup>31</sup> En el mismo sentido JIMÉNEZ MARTÍNEZ, quien entiende aquí la vivienda como un inmueble «que permita realizar una vida en común a la familia», lo que supone «excluir del concepto de vivienda familiar determinados bienes inmuebles que por su propia naturaleza pueden ser utilizados por la familia para vivir por algún tiempo; sirvan de ejemplo, los solares, almacenes, trasteros o garajes (salvo que estos últimos sean parte integrante de la vivienda), las fábricas, las chozas, los establos, las cabañas o las casas en ruinas» (JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 430).

<sup>32</sup> El artículo 1406 del Código Civil también menciona expresamente la «residencia habitual», cuando cataloga como de preferente adjudicación, para el cónyuge superviviente, aquella donde hubiera residido, hasta donde el valor de su haber de liquidación alcance.

<sup>33</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG - Senado), de 17 de junio de 2003.

<sup>34</sup> De nuevo JIMÉNEZ MARTÍNEZ, quien opina que a la concepción de habitable y no temporal de la vivienda debe sumarse el deseo de los cónyuges de convertir ese inmueble en su hogar permanente. Se refiere la autora a las situaciones en las que los cónyuges realizan un «acto de afectación o destinación» con determinado «animus» (JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 430).

<sup>35</sup> Nos situamos así junto a ORDUÑA y PLAZA, quienes refiriéndose aquí al concepto de vivienda matrimonial creen que este asume también los bienes muebles que posean los requisitos de habitabilidad (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1422).

<sup>36</sup> Matizable podría ser el caso donde los cónyuges residen de hecho en tales locales acondicionados, pero carecen de cédula de habitabilidad. En tal situación pudiera ser más entendible que el Juez rechazase la aplicación del artículo 78.4 LCon.

<sup>37</sup> El artículo 606 LEC, punto 1.º, especifica que ostenta la consideración de inembargable «el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo». Añadiendo además el segundo punto del precepto que no son embargables «los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada».

<sup>38</sup> *Vid.*, nota 3.

<sup>39</sup> De nuevo ORDUÑA y PLAZA, quienes alegan que procede tal solución por «una interpretación contextual y por un criterio de coherencia sistemática» (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1423). También opta por esta técnica de valoración, y por similares motivos, SASTRE PAPIOL: «La ubicación del presente artículo, hace suponer que la valoración se regirá por el mismo criterio que para el supuesto contemplado en el apartado anterior» (SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424). Igualmente MAGRO SERVET, V. (2005). 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. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1611-1622. En contra NANCLARES, quien piensa que debe elegirse el valor real de la vivienda al momento de la liquidación, en consonancia con la regulación del artículo 1410 del Código Civil (NANCLARES VALLES, *op. cit.*, 908).

<sup>40</sup> Critica la expresión inexacta de la ley SASTRE PAPIOL, comentando el autor que el grupo de precios que se recogen en el IPC más parecido es el referido a «alquileres», que poco tiene que ver con el precio de la vivienda (SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424).

<sup>41</sup> *Vid.* nota 46.

<sup>42</sup> Artículo 82.3 LCon: «El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva».

<sup>43</sup> De nuevo SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424.

<sup>44</sup> Esta ha sido la orientación del legislador para computar el valor de garantía real del que gozan los acreedores, para bienes inmuebles en la homologación de los acuerdos de refinanciación, dentro de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal. Así pues el valor razonable del inmueble será, según el parámetro incluido en esta disposición, el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España (disp. ad. 4.<sup>a</sup>.2.b) LCon).

<sup>45</sup> El común acuerdo entre el cónyuge y los administradores concursales sobre el precio de la vivienda —o en su defecto la decisión del Juez previo informe de experto— es un criterio que también se contiene en el artículo 78.3 LCon, para los bienes adquiridos por los cónyuges mediante pacto de sobrevivencia que no sean la vivienda matrimonial.

<sup>46</sup> Se propone además expresamente en el artículo 82.1 LCon, otra vez para el supuesto de la existencia de bienes comunes, que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter» (art. 82.1 *in fine*).

<sup>47</sup> La Ley Concursal sí que califica al cónyuge del concursado en el artículo 93 como «persona especialmente relacionada con el concursado», lo que provoca distintos efectos jurídicos atinentes al proceso concursal. Igualmente será persona especialmente relacionada, además del cónyuge, «quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso» (art. 93.1.1.º LCon).

<sup>48</sup> El cónyuge no concursado también adquirirá, junto con la vivienda, su mitad de bienes gananciales. Esos bienes, obviamente, quedan excluidos del proceso concursal.

<sup>49</sup> Pese a reconocer la intención bondadosa de la norma, FRADEJAS RUEDA comenta que es difícilmente entendible por qué se ha llevado al ámbito concursal un derecho personalísimo de adjudicación preferente, que supone «una desviación de la regla general de la partición igualitaria de bienes conyugales comunes, contemplado, restrictivamente, en el artículo 1406.4.º del Código Civil» (FRADEJAS RUEDA, *op. cit.*, 821).

<sup>50</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. (2005). Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 6, 208 y sigs.

<sup>51</sup> Opinamos por tanto como DOMÍNGUEZ LUELMO, quien propugna que el lugar correcto para una precisión legal de este tipo hubiera sido un hipotético apartado 3.º del precedente artículo 77 LCon (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, 1602).

<sup>52</sup> Aunque teóricamente quizá podría evitarse el embargo probando la actuación fraudulenta por parte del cónyuge deudor (*vid.* art. 1391 del Código Civil).

<sup>53</sup> Actualmente solo es necesario, para ejecutar el embargo, notificar esta circunstancia al cónyuge del deudor —o que la demanda haya sido dirigida contra los dos cónyuges—, como exige el artículo 144.1 y 5 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947). Seguidamente se practicará su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

(Trabajo recibido el 6-7-2017 y aceptado  
para su publicación el 11-7-2017)