

## LA DOBLE PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DE PERSONA CASADA EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. ART. 78.1.º Y 2.º DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL

María LINACERO DE LA FUENTE

Profesora Titular de Derecho Civil  
de la Universidad Complutense de Madrid  
marialin@der.ucm.es

### RESUMEN

*En el trabajo se analiza un tema de candente actualidad como es el régimen jurídico del nuevo Derecho concursal, y dentro del mismo, la doble presunción de donación de persona casada en régimen de separación de bienes regulada en el art. 78 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.*

*La Ley 22/2003, de 9 de julio, ha optado por trasladar la ubicación de «la presunción muciana concursal» del ámbito civil al ámbito concursal (en la línea de los sucesivos intentos de reforma del Derecho concursal, arts. 264 APLC 1983 y 79 PAPLC 1995), si bien con una regulación que difiere notablemente de los referidos precedentes y del Derecho vigente hasta su aprobación, es decir, arts. 1.442 del Código Civil y 12 del Código de Familia de Cataluña.*

*El art. 78.1 LC contiene dos presunciones iuris tantum en beneficio de la masa activa, en el caso de declaración de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. Dichas presunciones, según el art. 78.2 LC, «no regirán cuando los cónyuges estuvieran judicialmente separados o de hecho».*

*Palabras clave:* Doble presunción de donación de persona casada en régimen de separación de bienes, reintegración en la masa activa del concurso.

### ABSTRACT

*This work analyses a red-hot current topic such as the legal regime of the new Bankruptcy Law in Spain and, within this, the double presumption of a gift from a married person under the joint ownership regime regulated in section 78 of the Spanish Bankruptcy Act 22/2003, of July 9.*

*The 22/2003 Act, of July 9, opted to change the «Mucian bankruptcy presumption» from the civil sphere to the bankruptcy sphere [in line with the successive reform attempts of bankruptcy law, sections APLC (Bankruptcy Procedure Act) 1983 and 79 PAPLC (Administrative Bankruptcy Procedure Act) 1995], although with a regulation that notably differs from the preceding ones referred to and from the law in force until it was approved, that is to say, art. 1442 Civil Code and 12 of the Catalonia Family Code.*

*Section 78.1 LC (Bankruptcy Act) contains two presunciones iuris tantum for the benefit of the estate, in the case of the filing for bankruptcy of a person made under the separation of property regime. These presumptions, according to section 78.2 LC «will not prevail when the spouses are legally or de-facto separated».*

*Keywords:* Double presumption of a gift from a married person under the separation of property regime, Reintegration of the estate from the Bankruptcy.

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Im vorliegenden Artikel wird ein Thema von brennender Aktualität behandelt, wie es das neue Spanische Konkursrecht darstellt, und innerhalb desselben, die zweifache Vermutung der Schenkung durch den Ehepartner bei einer Gütertrennungsvereinbarung, wie sie im Art. 78 des Konkursgesetzes 22/2003, vom 9. Juli festgeschrieben ist.*

*Das Spanische Konkursgesetz 22/2003, vom 9. Juli hat sich dafür entschieden, die «praesumptio Muciana bei Konkursanmeldung» aus dem Bereich des Zivilrechts in das Konkursrecht zu verlagern (dies liegt in der Linie der fortlaufenden Reformversuche des Konkursrechts, Art. 264 APLC 1983 und 79 PAPLC 1995). Jedoch weicht die Reglementierung der nachgenannten Artikel erheblich von den vorhergehenden Artikeln und dem derzeit geltenden Recht bis zu deren Gesetzesverabschiedung ab: Art. 1442 des Spanischen Bürgerlichen Rechts und dem Art. 12 des Familiengesetzes der Autonomen Region Katalonien.*

*Der Art. 78 Absatz 1 des Spanischen Konkursrechts (LC) enthält zwei Vermutungen iuris tantum zu Gunsten der Vermögensmasse im Falle der Konkursanmeldung eines Ehepartners mit Gütertrennungsvereinbarung. Diese Vermutungen sind laut Art. 78 Absatz 2 des Spanischen Konkursrechts «nicht anwendbar, wenn die Eheleute juristisch oder faktisch getrennt leben».*

*Schlüsselwörter:* Zweifache Vermutung der Schenkung durch einen Ehepartner bei einer Gütertrennungsvereinbarung, Wiedereingliederung in die aktive Konkursmasse.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. LA DOBLE PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1.º Y 2.º DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL.—IV. REQUISITOS COMUNES DE LA DOBLE PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1.º Y 2.º DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL.—1. Adquisición de bienes o derechos a título oneroso por el cónyuge del concursado. Adquisición conjunta.—2. Inexistencia de separación judicial o de hecho. Art. 78.2 de la Ley 22/2003, Concursal.—3. En torno a la aplicación del art. 78.1 de la Ley Concursal a las uniones de hecho.—4. Régimen de reintegración.—5. Sobre la aplicación exclusiva al régimen de separación de bienes.—V. PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1, 1.ª PARTE, DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL.—VI. PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1, 2.ª PARTE, DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL.

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 78.1.º y 2.º de la Ley 22/2003 dispone:

«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 éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

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

A pesar de la ubicación sistemática del art. 78 LC en el Título IV, Capítulo II, Sección 1.ª, dentro de la «determinación de la masa activa», dicho precepto está íntimamente relacionado con la reintegración de la masa, ya que presume donaciones a los efectos del ejercicio de las acciones de reintegración<sup>1</sup>.

## II. ANTECEDENTES

Antes de la reforma de la legislación concursal, los arts. 1.442 del Código Civil y 12 del Código de Familia de Cataluña, además del art. 70 de la Legge Fallimentare italiana de 1942<sup>2</sup>, contenían las únicas regulaciones

---

<sup>1</sup> En dicho sentido P. ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al art. 78», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Ley Concursal*, Tecnos, 2004, p. 937.

<sup>2</sup> Art. 1.442 CC: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

Art. 12 del Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998: «En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla».

Art. 70 de la Legge Fallimentare de 1942, «Bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado»: «Los bienes que el cónyuge del quebrado ha adquirido a título oneroso en el quin-

de la denominada presunción muciana concursal, que hunde sus raíces en una institución de Derecho romano, «la presunción muciana», recogida en el Digesto en un texto de Pomponio sobre Quintus Mucius Scaevola<sup>3</sup>.

Aunque han sido muchas las interpretaciones vertidas sobre la presunción muciana tradicional o romana<sup>4</sup>, su contenido puede sintetizarse definiéndola como aquella presunción en virtud de la cual determinadas adquisiciones de la mujer durante el matrimonio, cuya proveniencia no pudiera acreditarse, se presumían procedentes del marido.

En el Derecho catalán, la presunción muciana tradicional quedó plasmada en el art. 23 de la Compilación Catalana de 1960<sup>5</sup>, texto que fue objeto de numerosas críticas<sup>6</sup> (entre otras razones, por su carácter discriminatorio, ya que beneficiaba fundamentalmente al marido), sustituyéndose «la presunción muciana tradicional» por la «presunción muciana concursal» en el art. 23 de la Compilación catalana reformada en 1984, posteriormente ubicada en el art. 18.2 de la Compilación (reformada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre) y, actualmente, en el art. 12 del Código de Familia de 15 de julio de 1998<sup>7</sup>.

---

queno anterior a la declaración de quiebra se presumen respecto de los acreedores, salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del quebrado y se consideran propiedad de él. El síndico está legitimado para aprehender la posesión. Si dichos bienes fueron en el ínterin enajenados o hipotecados, la revocación puede tener lugar en perjuicio del tercero, si éste prueba su buena fe».

<sup>3</sup> D., 24, 1, 51: «*Quintus Mucius ait, cum controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse*».

También aparece la presunción muciana en la Ley del Codex 5, 16, 6, de Alejandro Severo: «*Nec est ignotum quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent*».

<sup>4</sup> C. ASUA GONZÁLEZ, *La presunción muciana concursal. El art. 1.442 del Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 14-17; KASER, «Praesumptio muciana», en *Studi in onore di Pietro Francisci*, vol. I, Milano, 1956, pp. 215 ss.; VASELLI, *La presunzione muciana*, Padova, 1953, p. 4; BIONDI, *Institución di Diritto Romano*, Milano, 1965, p. 278; P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 589.

<sup>5</sup> Art. 23 de la Compilación Catalana de 1960: «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiere verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido. A estas donaciones les serán aplicables los arts. 20 y demás comprendidos en este capítulo».

<sup>6</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pp. 205 ss.; PUIG FERRIOL, *L'estat civil de dona casada segons dret vigent a Catalunya*, Barcelona, 1971; PARA MARTÍN, «La presunción muciana en el Derecho Civil de Cataluña», en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, y *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, 1981.

<sup>7</sup> Art. 23 de la Compilación Catalana, reformado en 1984: «En caso de quiebra o con-

En la época codificadora se abandona la presunción muciana romana tradicional, acogiendo la llamada presunción muciana concursal, esta última se establece *sólo a favor de los acreedores* (primero, del marido y, después, de cualquiera de los cónyuges) y se aplica exclusivamente al *ámbito conyugal*.

Y así, el primer precepto que resucita la presunción muciana, si bien como presunción muciana concursal, es el art. 547 del Code du Commerce de 1807<sup>8</sup>, que se convirtió en el art. 559 del texto de 1838 y, posteriormente, en el art. 542; también se recoge en el art. 673 del Codice di Commercio de 1865<sup>9</sup> y, posteriormente, en el art. 782 del Codice de 1882 y en el parágrafo 45 de la Konkursordnung de 1877<sup>10</sup>.

Sin embargo, la denominada presunción muciana concursal desaparece en el Derecho francés<sup>11</sup> y en el Derecho alemán<sup>12</sup>.

---

curso de acreedores de uno de los cónyuges, si éstos no están separados judicialmente o de hecho, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción se presumirán donados por el primero, salvo que el segundo, al adquirir los bienes o antes, dispusiera de ingresos o de cualquier otra clase de recursos suficientes para adquirirlos».

Art. 18.2 de la Compilación Catalana, reformada por Ley 8/1993: «En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, si éstos no están separados judicialmente o de hecho, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción se presumirán donados por el primero».

Art. 12 del Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998: «En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla».

<sup>8</sup> Art. 547 del Code du Commerce de 1807: «*Sous quelque regime qu'ait été formé le contrat de mariage hors le cas prévu par l'article précédent la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire*».

<sup>9</sup> Art. 673 del Codice di Commercio de 1865: «*Su tutti gli altri casi, e quand anche fra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danaro di lui, e debbono essere riuniti alla massa de fallimento. E ammessa in favore della moglie la prova contraria*».

<sup>10</sup> Parágrafo 45 del Konkursordnung (KO) de 1877: «El cónyuge del quebrado no puede reivindicar las cosas que adquirió durante el matrimonio, a no ser que pruebe que no fueron adquiridas con medios del quebrado».

<sup>11</sup> En el Derecho francés, el art. 542 del Código de Comercio fue derogado por la Ley de 13 de julio de 1967 (*dè Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillites personnelle et banqueroutes*), cuyo art. 56 estableció la posibilidad de incorporar al activo los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor probando por todos los medios que los bienes habían sido (adquiridos) con medios proporcionados por éste. En idéntico sentido, art. 112 de la Ley de 25 de enero de 1985.

<sup>12</sup> En Alemania, el parágrafo 45 KO fue declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1968, que consideró dicho precepto contrario al

En Italia, la presunción muciana concursal<sup>13</sup>, inicialmente contemplada en el art. 673 del Codice di Commercio de 1865 (posteriormente, art. 782 del Codice de 1882), se regulaba en el art. 70 de la Legge Fallimentare de 1942, ubicado dentro del Título II, Capítulo III, Sección III: «De los efectos de la quiebra sobre los actos perjudiciales de los acreedores».

En el Derecho español, vigentes los arts. 1.442 del Código Civil y 12 del Código de Familia de Cataluña, en los trabajos legislativos de la reforma de la legislación concursal se optó no sólo por mantener la figura de la presunción muciana concursal, sino también por trasladar su ubicación del ámbito civil al ámbito concursal.

En dicho sentido cabe destacar la redacción propuesta de los arts. 264 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y 79 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

El art. 264 APLC 1983 dispone:

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

Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho».

Y el art. 79 PAPLC 1995, sobre presunción muciana, dispone:

«1. Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contra-

---

art. 6.1 de la Constitución, según el cual: «El matrimonio y la familia están bajo la particular protección del ordenamiento estatal». *Vid.* MÜLLER, «Der ehgatte in konkurs und Anfechtungsrecht», en *NJW*, 1961, pp. 1442 ss.; BROX, «Die Folgen der Nichtigkeit des § 45 KO», en *Fam, RZ*, 1968, pp. 406 ss.

<sup>13</sup> TEDESCHI, «Natura della presunzione muciana nel fallimento», en *Riv. Dir. Civ.*, 1934, pp. 359 ss.; FERRARA, *Il Fallimento*, 1.ª ed., Milano, 1966; 4.ª ed., Milano, 1989; 5.ª ed., Milano, 1995; VASELLI, *La presunzione muciana*, Padova, 1953; BORGIOLO, «Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione», en *Riv. Dir. Civ.*, 1978, pp. 567 ss.

rio, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud.

2. Si el cónyuge justifica la adquisición pero no la procedencia del precio satisfecho, se presumirá que el bien procede de donación del deudor. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando, en el momento de la adquisición, el cónyuge titular recibiera sueldo, ejerciera profesión o tuviera a su disposición dinero suficiente.

3. La presunción a que se refiere el apartado primero no regirá cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho».

En ambas normas la presunción se articula de forma doble, recordando al art. 23 de la Compilación Catalana de 1960<sup>14</sup>.

El primer supuesto, se refiere a los casos en que el cónyuge del concursado no acredite la procedencia de los bienes adquiridos.

El segundo supuesto, a aquellos casos en que el cónyuge justifique la adquisición pero no la procedencia del precio satisfecho.

### III. LA DOBLE PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1 DE LA LEY 22/2003

La Ley 22/2003, de 9 de julio, ha optado por trasladar la ubicación de «la presunción muciana concursal» del ámbito civil al ámbito concursal (en la línea de los sucesivos intentos de reforma del Derecho concursal, arts. 264 APLC 1983 y 79 PAPLC 1995), si bien con una regulación que difiere notablemente de los referidos precedentes y del Derecho vigente hasta su aprobación, es decir, los arts. 1.442 del Código Civil y 12 del Código de Familia de Cataluña.

Sorprende que la Ley Concursal no haya derogado expresamente el art. 1.442 del Código Civil, derogación que se propuso reiteradamente durante su tramitación parlamentaria<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> En dicho sentido, C. ASUA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 60.

<sup>15</sup> Enmienda núm. 388 del Grupo Socialista en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002, pp. 238-239), cuya motivación señalaba: «El art. 1.442, que contiene la llamada “presunción muciana” debe suprimirse al haberse trasladado el contenido de esta norma al art. 77 de la Ley Concursal».

En idéntico sentido, Enmienda núm. 187 del Grupo Socialista en el Senado [BOCG, Senado, Serie II, núm. 120(c), de 9 de mayo de 2003, pp. 169-170].

No obstante, habrá que entender que el art. 1.442 CC ha sido derogado tácitamente por la Ley Concursal<sup>16</sup>, al regular la misma materia que el art. 78.1 y 2 LC y disponer ambos preceptos un régimen distinto (aun cuando el art. 78.1, 2ª parte, LC, guarde ciertas similitudes con el derogado art. 1.442 CC).

Menos clara resulta la posible derogación del art. 12 del Código de Familia de Cataluña<sup>17</sup>, a la vista de la disposición final trigésima segunda de la Ley Concursal que dispone:

«La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, sin perjuicio de las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

El mencionado art. 78.1 LC contiene dos *presunciones iuris tantum* en beneficio de la masa activa, en el caso de declaración de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. Dichas presunciones, según el art. 78.2 LC, «no regirán cuando los cónyuges estuvieran judicialmente separados o de hecho».

Pues bien, el art. 78.1 de la Ley Concursal contiene una *doble presunción de donación*:

#### 1.ª presunción

Los requisitos de la primera presunción son:

- Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado.
- Que la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso proceda del patrimonio del concursado.

<sup>16</sup> En dicho sentido A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 78 de la Ley Concursal», en J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, t. II, Lex Nova, 2004, p. 1594, sostiene: «Es evidente que el contenido del art. 1.442 del Código Civil y de los núms. 1 y 2 del art. 78 de la Ley Concursal se refieren a la misma materia, y la solución prevista en uno y otro es diferente. La derogación tácita del aquél resulta palpable. A esta interpretación conduce igualmente la disposición derogatoria única, 4, de la Ley Concursal, conforme a la cual: “quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley”». MERCADAL VIDAL, *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 404, se decanta por la derogación tácita del art. 1.442 CC.

<sup>17</sup> En favor de la vigencia del art. 12 del Código de Familia de Cataluña: ASUA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 59 y 60, n. 159; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 78 LC», *op. cit.*, p. 1593, quien alude, asimismo, a la Ley 103 de la Compilación Navarra.

- Acreditado lo anterior, el art. 78.1, 1.<sup>a</sup> parte, presume, salvo prueba en contrario, *que el concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste.*

#### 2.<sup>a</sup> presunción

Los requisitos de la segunda presunción son:

- Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado.
- Que no se demuestre la procedencia de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso.
- Que la adquisición de los bienes a título oneroso se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso.
- Acreditado lo anterior, el art. 78.1, 2.<sup>a</sup> parte, LC, presume, salvo prueba en contrario, *que el concursado donó a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste.*

## IV. REQUISITOS COMUNES A LA DOBLE PRESUNCIÓN DEL ART. 78.1.º Y 2.º DE LA LEY CONCURSAL

### 1. Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado

Requisito común a ambas presunciones es que exista una *adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado*, adquisición que, a pesar del empleo del término «bienes», puede tener por objeto un derecho real pero también un derecho de crédito.

La presunción se aplicará tanto en los casos en los que, siendo la hipótesis más frecuente, el cónyuge del concursado adquiera un bien a cambio de dinero, pero también cuando adquiera un bien a cambio de otro bien, o dinero a cambio de un bien.

En dicho sentido, y a efectos de reintegración (como luego veremos), habrá que estar a la contraprestación efectivamente satisfecha por el cónyuge del concursado.

En consecuencia, no procederá la aplicación del art. 78.1 LC cuando la adquisición realizada por el cónyuge del concursado haya sido a título gratuito (por ejemplo, donación de un tercero).

De otra parte, si la donación (o, en general, el acto de disposición a título gratuito) a favor del cónyuge del concursado fue otorgada probadamente por el propio concursado, se aplicaría el art. 71.1 LC, presumiendo *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial si tal donación se realizó en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso.

En cuanto a su ámbito de aplicación, Álvarez Olalla<sup>18</sup> entiende que se aplicará la presunción (art. 78.1) a todas las adquisiciones realizadas a título oneroso, ya sea el *transmitente* un tercero o bien el propio cónyuge concursado.

Ahora bien, en los casos en que el transmitente sea el propio cónyuge concursado, no entraría en juego el referido art. 78.1 LC, sino que estaríamos ante un acto dispositivo a título oneroso realizado por el deudor a favor de persona especialmente relacionada con el concursado, en este caso el cónyuge y, por tanto, corresponde aplicar no el art. 78.1 LC, sino el art. 71.3.1.º LC, en relación con el art. 93.1.1.º LC<sup>19</sup>.

En los supuestos de adquisición conjunta, ya sea coadquisición probada del concursado y su cónyuge, o en aquellos en que no se acredite cuál de ambos cónyuges fue el adquirente (por ejemplo, art. 1.441), un sector doctrinal<sup>20</sup> venía entendiendo que no era aplicable el art. 1.442 CC. Según Lacruz, dicho precepto sólo presume «el medio fraude» en las adquisiciones individuales y exclusivas; en las otras, ya tienen los acreedores su mitad y verdaderamente son mucho menos sospechosas.

Respecto al art. 78.1 LC, Álvarez Olalla<sup>21</sup> entiende, igualmente, que no procede «la aplicación de las presunciones en los bienes adquiridos por el cónyuge *in bonis*, a título oneroso, pero en pro indiviso con el consorte concursado».

Sin embargo, y frente a la referida opinión, entiendo que no existe razón alguna para negar la aplicación del art. 78.1 LC en los supuestos en que la adquisición a título oneroso haya sido realizada conjuntamente por el concursado y su cónyuge (o, de igual modo, en cualquier supuesto de atribución de cuotas).

---

<sup>18</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 938, si bien afirma que: «parece que el presupuesto normal de aplicación se producirá en los casos en que consta que el cónyuge ha adquirido de un tercero, pues se presume que lo ha hecho empleando medios del concursado».

<sup>19</sup> LINACERO DE LA FUENTE, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, 2005, pp. 139 ss.

<sup>20</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, 1996, p. 347; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 1990, p. 535. En sentido contrario, ASUA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 91-93.

<sup>21</sup> ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al art. 78», *op. cit.*, p.

Lo anterior resulta más obvio en el caso de la primera presunción del referido art. 78.1 LC que afecta no ya a la mitad, sino a toda la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado.

Es más, ni siquiera en el supuesto del art. 78.1, 2.<sup>a</sup> parte, que adopta una solución salomónica —que a veces ciertamente puede resultar injusta— presumiendo donada la mitad de la contraprestación, existe argumento que permita su no aplicación en los casos de adquisición conjunta.

Las adquisiciones conjuntas, en ambas hipótesis, deben quedar sujetas al ejercicio de las acciones de reintegración en beneficio de la masa activa del concurso.

La cuestión puede sintetizarse del siguiente modo:

En la primera presunción del art. 78.1, 1.<sup>a</sup> parte, LC, concurriendo los requisitos señalados en la norma, se presume, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la totalidad de la contraprestación satisfecha por éste, de modo que si el bien se ha adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, la presunción del citado precepto afectaría a la parte del cónyuge concursado, es decir, a la mitad de la contraprestación satisfecha.

En la segunda presunción del art. 78.1, 2.<sup>a</sup> parte, LC (de redacción muy similar al art. 1.442 CC), concurriendo los requisitos señalados en la norma, se presume, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste, de modo que si el bien se ha adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, la presunción del citado precepto afectaría a la parte del cónyuge concursado, que habría de dividirse en dos partes, de las cuales sólo una parte resultaría alcanzada por la presunción.

## **2. Inexistencia de separación judicial o de hecho. Art. 78.2 de la Ley 22/2003, Concursal**

Para la aplicación de cualquiera de las presunciones del art. 78.1 LC es necesario que los cónyuges no estén separados judicialmente o de hecho.

Al respecto cabe plantearse si, para evitar la aplicación de las citadas presunciones, la separación judicial o de hecho de los cónyuges debe concurrir en el momento de la adquisición a título oneroso<sup>22</sup> o en el momento

---

<sup>22</sup> En dicho sentido TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna del art. 1.442 del Código Civil», en *ADC*, 1990, p. 1204. Así lo disponía expresamente el art. 264 APL

de la declaración del concurso, o incluso, si debe exigirse la existencia de separación en todo el periodo comprendido entre el momento de la adquisición y la declaración del concurso.

A mi juicio, la concurrencia de separación judicial o de hecho de los cónyuges que impediría la aplicación de las presunciones del art. 78.1 LC, debe exigirse no exclusivamente en el momento de la adquisición, o en el momento de la declaración del concurso, sino que debe requerirse durante el periodo sospechoso y, por tanto, desde la adquisición hasta la declaración del concurso.

De lo contrario, especialmente en el caso de separación de hecho, si se exige su concurrencia únicamente en el momento de la adquisición, los cónyuges podrían burlar la aplicación de la norma<sup>23</sup>.

De otra parte, podría invocarse el art. 93.1 LC, que considera como persona especialmente relacionada con el concursado, *al cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso*, coincidente con el periodo sospechoso del art. 71 LC.

Y esto sería así, inexistencia de separación desde la adquisición hasta la declaración del concurso, incluso en la primera presunción del art. 78.1 LC, ya que, como posteriormente expondré, cabría sostener, a pesar de la ausencia de plazo respecto al momento en que se realice la adquisición, que dichas adquisiciones deben realizarse en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, de modo similar a lo previsto para las acciones de reintegración (art. 71.1 LC).

### 3. En torno a la aplicación del art. 78.1 de la Ley Concursal a las uniones de hecho

Sorprende que el legislador concursal no haya previsto expresamente la aplicación de las presunciones del art. 78.1 LC a las uniones de hecho, máxime teniendo en cuenta la trayectoria de la presunción muciana concursal, especialmente, la tacha de inconstitucionalidad del art. 70 de la Legge Fallimentare y del parágrafo 45 KO (que fue declarado inconstitu-

---

1983: «no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho». Art. 12 del Código de Familia de Cataluña.

<sup>23</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, op. cit., p. 350; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, 8.ª ed., Tecnos, 2001, p. 217; YSAS, *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, p. 324.

cional por Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1968), siendo precisamente uno de los principales argumentos alegados la discriminación del matrimonio frente a las uniones de hecho.

La no inclusión en la citada norma de las uniones de hecho, amén de rozar la inconstitucionalidad (arts. 14 y 39 de la Constitución) y ser contraria a la reciente y copiosa legislación sobre parejas de hecho, resulta contradictoria con el propio articulado de la Ley Concursal.

En efecto, el art. 93.1 enumera dentro de las personas especialmente relacionadas con el concursado «a las personas que convivan con análoga relación de afectividad [...] dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso».

Dicha calificación legal tiene relevancia en diversos aspectos en la Ley Concursal<sup>24</sup>; así, y a efectos del ejercicio de las acciones de reintegración, se presume *iuris tantum* el perjuicio patrimonial de los actos de disposición a título oneroso que el concursado haya realizado a favor de las personas especialmente relacionadas con él (art. 71.3 LC), dentro de las cuales se incluyen, tanto el cónyuge como el conviviente del concursado que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En definitiva, no tiene sentido dispensar a los convivientes del concursado un tratamiento particularmente riguroso en la nueva Ley Concursal, sea presumiendo *iuris tantum* el perjuicio en los casos de disposición a título oneroso del deudor a favor del conviviente (art. 71.1.3.º LC); calificando sus créditos contra el concursado como subordinados (art. 92.5.º LC); o prohibiéndoles ser administradores concursales (art. 28.1 CC) o representantes de los acreedores en la Junta (art. 118.2 LC), y, sin embargo, excluirlos del ámbito de aplicación del art. 78.1 LC recibiendo un tratamiento favorable respecto del cónyuge.

A mayor abundamiento, la inexistencia de un régimen de separación de bienes en el caso de las uniones de hecho no es un argumento suficiente para excluirlos del ámbito de aplicación del citado art. 78.1 LC.

Por tanto, una interpretación correctora del art. 78.1 LC permite incluir en su *ratio* a las uniones de hecho.

---

<sup>24</sup> Los créditos de que fuera titular alguna de las personas relacionadas con el deudor, excepto las del núm. 1 del art. 91, tienen la calificación de subordinados (art. 92.5.º LC). En caso de liquidación, los acreedores especialmente relacionados con el concursado tienen la condición de subordinados (art. 96.5 LC). Las personas especialmente relacionadas con el concursado no pueden ser administradores concursales (art. 28.1 LC) ni representantes de los acreedores en la Junta (art. 118.2 LC).

Cuestión distinta es qué debe entenderse por unión de hecho, a efectos de aplicación de la Ley Concursal, teniendo en cuenta el diverso régimen jurídico de las parejas de hecho en la legislación española.

En todo caso, el art. 93.1 LC puede facilitar la cuestión entendiendo como conviviente *more usorio* del concursado, a efectos de aplicación de la Ley, el que lo haya sido (por cumplirse los requisitos de lo que podríamos denominar unión de hecho típica) en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

En definitiva, y de igual modo que conforme al art. 71.1.3.º LC se presume *iuris tantum* el perjuicio patrimonial en el caso de actos dispositivos a título oneroso del deudor a favor del conviviente, por la misma razón, debe presumirse la donación del total o de la mitad de la contraprestación satisfecha por el conviviente, si concurren los requisitos del art. 78.1 LC.

#### 4. Régimen de reintegración

El régimen de reintegración de las presunciones reguladas en el art. 78.1 LC será el previsto para los actos que pueden ser objeto de reintegración (arts. 71-73 LC).

Al respecto, la presunción contenida en el art. 1.442 CC, que literalmente presumía la *donación en su mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge del concursado*, había sido interpretado por la doctrina, corrigiendo la dicción del precepto, no como donación del bien adquirido, sino como *donación de fondos*<sup>25</sup>.

El nuevo art. 78.1 LC presume la donación no del bien adquirido, sino del total o la mitad de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado.

En consecuencia, lo que debe ser objeto de reintegración a la masa activa del concurso será la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado debidamente actualizada<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, op. cit., pp. 360 ss.; ASUA GONZÁLEZ, op. cit., p. 45; CUENA CASAS, *La presunción muciana*, Dykinson, 1999, pp. 166 ss.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, op. cit., p. 535; TORTORICI, op. cit., p. 1211.

<sup>26</sup> La actualización de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado en el momento de la adquisición frecuentemente no tendrá excesivo alcance, dado el plazo en que rige la segunda presunción del art. 78.1 (un año anterior a la declaración del concurso), e incluso la primera presunción (si optamos por la tesis que posteriormente expondré según la cual debe extenderse a un plazo de dos años coincidente con las acciones de reintegración).

Dicha actualización concuerda con el art. 78.3 LC que a efectos de valorar la vivienda habitual del matrimonio fija como criterio «el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado»; asimismo, responde al criterio acogido por el legislador al regular el régimen económico matrimonial<sup>27</sup>.

## 5. Sobre la aplicación exclusiva al régimen de separación de bienes

En cuanto a la aplicación de la presunción muciana concursal al régimen de gananciales, la solución negativa se apoya en el tenor del art. 78.1 LC que, de modo similar al art. 1.442 CC<sup>28</sup>, circunscribe su ámbito de aplicación al régimen de separación de bienes; sin embargo, la mayoría de la doctrina ha defendido su aplicación al régimen de participación en base al art. 1.413 CC<sup>29</sup>.

Obviamente, la citada presunción tendrá virtualidad esencialmente en el régimen de separación, ya que en éste las adquisiciones realizadas por el cónyuge del concursado quedarían fuera de la acción de los acreedores; ahora bien, lo anterior no implica que deba rechazarse categóricamente su aplicación al régimen de gananciales.

Ciertamente, el hecho de que los bienes gananciales respondan de las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges<sup>30</sup> y la presunción de

---

<sup>27</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 352, señala que: «La reforma se ha preocupado de la integridad efectiva de los patrimonios frente a la inflación, es decir, de que los reintegros y reembolsos se hagan en términos reales y no nominales». Solución prevista expresamente en la sociedad de gananciales (arts. 1.346 *in fine*, 1.347.4.º, 1.358, 1.359.1.º, 1.364, 1.397.2.º y 1.398.2.º), pero que, según el mismo autor (*op. cit.*, p. 539), sería extensible al régimen de separación de bienes.

<sup>28</sup> En otros ordenamientos no se hacía referencia al régimen económico matrimonial al que era aplicable la presunción muciana concursal (§ 45 KO, art. 70 LF, art. 547 del Code du Commerce de 1807, art. 106 del Décret de 20 de mayo 1955 y art. 542 del Code du Commerce a partir de 1958).

<sup>29</sup> NAVAS NAVARRO, *El régimen de separación de bienes y la protección de terceros*, Valencia, 1996, p. 77; A. M. MORALES MORENO, «Comentario al art. 1.413 CC», en VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, 1984, p. 1818; TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna...», *op. cit.*, p. 1202.

<sup>30</sup> Art. 77.2 LC: «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 las obligaciones concursales». P. ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al art. 77 LC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 931: «Cabe afirmar que los bienes gananciales deben ser incluidos en la masa activa en todo caso, puesto que los mismos, sea a título principal y en su totali-

ganancialidad justifican que, en la mayor parte de los casos, la presunción muciana concursal carezca de utilidad en la sociedad de gananciales.

Sin embargo, la existencia de *bienes privativos* de cada uno de los cónyuges, que quedarían incluidos en la masa activa del concurso cuando lo fueran del concursado (art. 77.1 LC), explicaría que puedan existir trasvases patrimoniales sospechosos entre los cónyuges, casados en régimen de gananciales, con el fin de sustraer dichos bienes a la acción de los acreedores.

En dicha línea, cabría plantear una posible aplicación de la presunción de donación del art. 78.1 LC (en ciertas condiciones y en función de la calificación del bien adquirido), a las adquisiciones a título oneroso realizadas por el cónyuge con fondos privativos del concursado en el periodo sospechoso anterior a la declaración del concurso.

## V. PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1, 1.<sup>a</sup> PARTE, DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL

Los requisitos de la primera presunción contenida en el art. 78 LC son:

- Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado<sup>31</sup>.
- Que la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso proceda del patrimonio del concursado.
- Acreditado lo anterior, el art. 78.1, 1.<sup>a</sup> parte, presume en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que el concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste.

Especial dificultad tendrá la demostración de que la contraprestación (dineraria o no) satisfecha por el cónyuge del concursado proceda del patrimonio de éste (por ejemplo, pago realizado directamente por el concursado, cargo realizado de una cuenta del concursado en una entidad de crédito...)<sup>32</sup>.

---

dad —deudas consorciales—, sea a título subsidiario y en su mitad, son bienes que responden de las deudas del concursado».

<sup>31</sup> *Vid. supra* 3.C.a), «Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado».

<sup>32</sup> MERCADAL VIDAL, «Comentario al art. 78 LC», en A. SALA, F. MERCADAL y J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *La nueva Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 205.

En todo caso, lo que sorprende de esta presunción de donación del art. 78.1, 1.ª parte, LC, es la ausencia de plazo respecto al momento en que se realice la adquisición.

En efecto, conforme al tenor literal del precepto, todas las contraprestaciones satisfechas por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso durante la vigencia del régimen económico matrimonial, con independencia de la proximidad temporal de dichas adquisiciones a la declaración del concurso, se presumirán donadas por el concursado si se acredita la procedencia de la contraprestación del patrimonio de éste (y ello a los efectos de reintegración de la contraprestación debidamente actualizada a la masa activa del concurso).

Obviamente, lo anterior supone dispensar a dichas adquisiciones realizadas por el cónyuge del concursado un trato excesivamente riguroso (por ejemplo, se presumiría la donación, a efectos de reintegración en la masa activa del concurso, de adquisiciones realizadas veinte años antes de la declaración del concurso).

En dicho sentido, el admitir el juego de dicha presunción sin límite temporal alguno implicaría una vuelta a la presunción muciana tradicional del Derecho romano<sup>33</sup>, que —como quedó expuesto— había sido desterrada de los ordenamientos jurídicos (Francia, España, Italia)<sup>34</sup>, manteniéndose únicamente la llamada presunción muciana concursal que, por lo que aquí importa, tanto en los arts. 1.442 CC y 12 del Código de Familia de Cataluña, como en el art. 70 de la Legge Fallimentare de 1942, se había regulado fijando un límite temporal para su aplicación<sup>35</sup>.

Pues bien, a pesar de la dicción literal del art. 78.1, 1.ª parte, LC, entiendo que para que opere la presunción de donación prevista en el mismo es necesario fijar un periodo de tiempo en el que debe ser realizada la adquisición a título oneroso.

Es decir, no puede sentarse la regla de que dicha presunción opere durante toda la vigencia del matrimonio o, en su caso, del régimen económico de separación de bienes.

---

<sup>33</sup> En el mismo sentido, el art. 23 de la Compilación Catalana de 1960 disponía: «Los bienes adquiridos por la mujer *constante matrimonio*, cuya procedencia no pueda justificar, se presumen procedentes de donación del marido».

<sup>34</sup> En Francia y Alemania la «presunción muciana concursal» ha desaparecido. El párrafo 45 KO de 1877, que fue declarado inconstitucional, no disponía límite temporal en cuanto al momento de la adquisición, aplicándose a todas las adquisiciones durante el matrimonio.

<sup>35</sup> El art. 70 de la Legge Fallimentare se ha aplicado a las adquisiciones realizadas en los cinco años anteriores a la declaración de quiebra.

En dicho sentido, podemos entender que una interpretación integradora del art. 78.1, 1.<sup>a</sup> parte, en relación con el art. 71.1 LC, permite entender que dichas adquisiciones deben realizarse en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso previsto para el ejercicio de las acciones de reintegración.

De lo contrario, el referido precepto, a la vista de sus antecedentes, bien podría considerarse inconstitucional por el trato de desfavor que otorga a la familia matrimonial, no ya por la no inclusión en la norma de los convivientes (una interpretación correctora de la norma permite incluir las uniones de hecho), sino, esencialmente, por proyectar la presunción durante toda la vida del matrimonio o, en su caso, del régimen económico de separación de bienes.

Algunos autores sostienen que, aunque la primera presunción del art. 78.1 LC no establece literalmente ningún límite temporal, debe aplicarse el último inciso del art. 78.1, de modo que sólo operaría cuando las adquisiciones se hayan realizado un año antes de la declaración del concurso<sup>36</sup>.

Una vez acreditados los requisitos del citado art. 78.1, 1.<sup>a</sup> parte, se podrá enervar la presunción de donación demostrando que la contraprestación procedente del patrimonio del concursado fue recibida por el cónyuge no a título de donación, sino por otro concepto distinto (por ejemplo, préstamo ya devuelto<sup>37</sup>, pago de una deuda vencida...).

## VI. PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DEL ART. 78.1, 2.<sup>a</sup> PARTE, DE LA LEY 22/2003, CONCURSAL

Los requisitos de la segunda presunción contenida en el art. 78.1 LC son:

---

<sup>36</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al art. 78 LC», *op. cit.*, p. 1595; MERCADAL VIDAL, «Comentario al art. 78 LC», *op. cit.*, p. 405; C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Dijusa, 2003, p. 694. J. NANCLARES VALLE, «Comentario al art. 78 LC», en CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, 2004, p. 613, sostiene que: «al ponerse en el punto de mira rescisorio las donaciones hechas entre cónyuges, lo relevante no es cuándo negocian a título oneroso el cónyuge no deudor y el tercero, sino cuándo tuvo lugar el acto traslativo de fondos o de bienes cuya procedencia ha quedado acreditada y que permite ahora realizar el negocio oneroso [...] el plazo de dos años establecido en el art. 71.2 LC no afecta al negocio oneroso, sino al acto o negocio traslativo de fondos o bienes que se presume gratuito».

<sup>37</sup> ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al art. 78 LC», *op. cit.*, p. 940, señala que: «Si se consigue acreditar el motivo, quedaría enervada la presunción especialmente en el caso de que el cónyuge adquirente —prestatario— hubiese procedido a la devolución del mismo con fondos propios».

— Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado<sup>38</sup>.

— Que no se pruebe la procedencia de la contraprestación satisfecha por el cónyuge del concursado para la adquisición de bienes a título oneroso.

— Que la adquisición de los bienes a título oneroso se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso.

— Acreditado lo anterior, el art. 78.1, 2.ª parte, presume, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa activa, que el concursado donó a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por éste.

El artículo precedente tiene una redacción muy similar al derogado art. 1.442 CC, en cuanto que, en expresión de Lacruz, dicha norma, al presumir la donación por mitad, ha adoptado una solución salomónica<sup>39</sup> que vuelve a recoger el art. 78.1, 2.ª parte, LC.

No obstante, el citado art. 78.1, 2.ª parte, LC, modifica el plazo sospechoso en consonancia con la derogación del perturbador art. 878.II del Código Comercio y la denominada retroacción de la quiebra (sustituída en la nueva Ley Concursal por las acciones de reintegración, arts. 71-73 LC)<sup>40</sup>.

El espacio temporal en que actuaba la presunción de donación del art. 1.442 CC era el de «un año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra».

En el art. 78.1, 2.ª parte, LC, el plazo sospechoso es el de un año anterior a la declaración del concurso.

La fijación del plazo sospechoso del citado art. 78.1, 2.ª parte, probablemente responde a su precedente inmediato, el art. 1.442 del Código Civil; sin embargo, teniendo en cuenta la ubicación de norma en la legislación concursal y la finalidad de la misma, que no es otra que la reintegración de lo presuntamente donado en la masa activa del concurso, acaso el citado plazo debería haberse fijado en dos años anteriores a la declaración del concurso, de modo similar a lo previsto para los demás actos rea-

<sup>38</sup> Vid. *supra* IV.3.C.a), «Adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge del concursado».

<sup>39</sup> LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO y RIVERO, *La reforma del Derecho de Familia*, Madrid, 1999, p. 91.

<sup>40</sup> LACRUZ, SANCHO, LUNA, RIVERO y RAMS, *Elementos de Derecho Civil*, IV, Barcelona 1990, p. 534, señalan que: «la solución de presumir “medio fraude” es un tanto salomónica, pero está de acuerdo con el art. 1.441 y en el fondo responde a una realidad bastante probable».

lizados por el deudor que pueden ser objeto de las acciones de reintegración (art. 71.1 LC).

Uno de los principales problemas que se plantea en relación a la presunción del art. 78.1, 2.<sup>a</sup> parte, LC, es la acreditación de la procedencia de la contraprestación.

En este caso, para que no entre en juego la citada presunción, el cónyuge puede probar que empleó medios propios (o, en su caso, de un tercero para realizar la adquisición).

En dicho sentido, y en relación al art. 1.442 CC y al propio art. 78.1 LC, algún sector doctrinal se ha mostrado partidario de facilitar la prueba siendo suficiente que el adquirente tenga bienes o recursos propios disponibles para realizar la adquisición, sin que sea necesario que se pruebe la efectiva inversión de los mismos en la adquisición concreta.

Sin embargo, compartimos la tesis defendida por Asua González, según la cual, si lo que se pretende es proteger a los acreedores contra posibles desviaciones patrimoniales con la consiguiente disminución de garantía del deudor, dichas desviaciones pueden producirse con independencia de que el cónyuge adquirente tenga o no disponibilidad de recursos.

En apoyo de lo anterior puede invocarse el actual art. 78.1, 2.<sup>a</sup> parte, LC, que a diferencia de lo previsto en los arts. 264 APLC 1983 y 79.2 PAPLC 1995, o del art. 12 *in fine* del Código de Familia de Cataluña, no dispone expresamente que se tenga por justificada la procedencia de la contraprestación cuando el adquirente reciba un sueldo, ejerza profesión o tenga a su disposición dinero suficiente.

En definitiva, lo que habría que saber es que los fondos efectivamente invertidos en la adquisición en concreto proceden del patrimonio del cónyuge adquirente, no que éste tenga o no recursos propios.