

LES PRESUMPCIONS DE DONACIÓ DEL DEUTOR CONCURSAT AL SEU CÒNJUGE. A PROPÒSIT DE L'ARTICLE 78.1 DE LA LLEI 22/2003, DE 9 DE JULIOL, CONCURSAL¹

Lídia Arnau i Raventós
Professora lectora de dret civil
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

L'article 78 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (LC), es titula «Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio». Els dos primers apartats del precepte s'esmercen a establir en quins supòsits es presumeix efectuada una donació pel concursat envers el seu cònjuge. Literalment, s'hi diu que:

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 del concurso.

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

L'article 78.3 LC estableix el règim, en situació de concurs, de les adquisicions amb pacte de supervivència.² Aquest apartat, així com els precedents, cal

1. Aquest treball forma part del Projecte d'investigació BJU 2002-02594, l'investigador principal del qual és el professor doctor Ferran Badosa i Coll.

2. Vegeu el nostre treball «Les adquisicions amb pacte de supervivència a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 4, p. 121-168.

analitzar-lo en el context del règim econòmic matrimonial de separació de béns, atès que ha estat aquest règim el que tradicionalment ha donat explicació i fonament a la presumpció de donacions entre cònjuges i a les adquisicions amb pacte de supervivència. En darrer terme, l'apartat quart del precepte atorga al cònjuge del concursat preferència per a incloure en el seu haver l'habitatge habitual quan aquest tingui la condició de bé de guany o comú i pertoqui dissoldre la comunitat conjugal.

L'objecte d'aquest comentari és l'anàlisi de la disposició transcrita a l'empara dels seus antecedents, de l'establert en l'article 1442 del Codi civil (CC) i dels efectes que se segueixen del fet de presumir celebrada una donació del deutor concursat al seu cònjuge. La finalitat última és esbrinar si el règim que s'estableix en l'article 78 LC esdevé aplicable a Catalunya. La qüestió reclamarà l'estudi dels termes en què ha estat regulada i del fet que avui regeix, en l'ordenament jurídic català, la presumpció de donacions entre cònjuges.

2. LES PRESUMPCIONS LEGALS. APROXIMACIÓ A LA SEVA ESTRUCTURA

Més enllà de la debatuda qüestió sobre la naturalesa jurídica de les presumpcions,³ la doctrina es manifesta de manera consensuada sobre la definició i l'estructura d'aquestes. Una presumpció és una activitat intel·lectual duta a terme pel legislador o el jutge per mitjà de la qual es fixa formalment l'existència d'un fet, anomenat *presumpte*, partint de la realitat d'un altre, anomenat *fet base*, *provat* o *indiciari*, per raó del nexce causal o lògic existent entre ambdós.⁴

El recurs a una presumpció demana, per tant, acreditar els elements que integren el fet base (arg. *ex art.* 385.1, 2n paràgraf, LEC: «[...] Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.»); la seva vir-

3. Vegeu, per tots, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Normas de presunción en el Código civil», tesi doctoral, exemplar mecanografiat, Universitat de Barcelona, 1961, p. 125 i seg.

4. Vegeu Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Normas de presunción», p. 157; José María RIFÀ SOLER, comentari a l'article 385, a Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, José María RIFÀ SOLER i José Francisco VALLS GOMBAU (coord.), *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, articles 281 a 555, Madrid, Iurgium, 2000, p. 1776; José María ASENCIO MELLADO, comentari a l'article 385, a Vicente GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso civil práctico*, tom IV, Madrid, La Ley, 2002, p. 1340; José GARBERÍ LLOBREGAT, comentari a l'article 385, a José GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Los procesos civiles: Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, con formularios y jurisprudencia*, tom 3, Barcelona, Bosch, 2001, p. 259.

tualitat consisteix a estalviar a la part beneficiada per la presumpció la prova del fet presumpte, que, per raó de la presumpció, ja es considera provat (arg. ex art. 385.1 LEC: «Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.»).

El lligam entre el fet base i el fet presumpte és el nexce causal o lògic que, a partir de màximes de l'experiència, índexs de probabilitat o normalitat, o altres, permet entendre que, un cop produït i provat el primer, cal entendre produït i provat el segon. En el cas de les *presumpcions legals*, és a dir, les establertes en una norma jurídica, el lligam o nexce ni s'ha de cercar ni s'ha de justificar, atès que es troba incorporat al precepte que recull la presumpció.

Al marge de la possibilitat d'aportar una *contraprova* del fet indiciari com a norma general, el mecanisme de les presumpcions es pot enervar aportant una *prova en sentit contrari* del fet presumpte; això serà possible sempre que la llei no estableixi, expressament, el caràcter *iuris et de iure* de la presumpció (arg. ex art. 385.3 LEC: «Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.»). Si es tracta de presumpcions legals, la prova en sentit contrari haurà d'acreditar la *inexistència del fet presumpte* (arg. ex art. 385.2 LEC: «Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse [...] a probar la inexistencia del hecho presunto [...]»⁵).

3. PRESUMPCIÓ MUCIANA I PRESUMPCIÓ MUCIANA CONCURSAL

En tractar de la presumpció de donacions entre cònjuges, la terminologia emprada pels autors es fa ressò de l'existència de dos supòsits clarament diferenciables als quals hom pot aplicar, genèricament, la menció de *presumpció muciana*, per bé que obeeixen a propòsits no equiparables, s'apliquen a supòsits de fet diferents i comporten conseqüències jurídiques diferents. Amb tot, comparteixen el denominador comú que afecten adquisicions fetes per un dels cònjuges que es presumeixen, *d'una manera o altra*, procedents o provinents de l'altre.

5. El precepte continua assenyalant que la dita prova també pot anar dirigida a acreditar la inexistència «del enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción». En el cas de presumpcions legals, aquesta possibilitat no hi és, atès que el nexce, inqüestionable, ve donat per l'existència de la norma jurídica que estableix la presumpció. Vegeu, en aquest sentit, José GARBERÍ LLOBREGAT, comentari a l'article 385, p. 262 *in fine*.

La presumpció muciana genuïna, també anomenada *romana* o *tradicional*,⁶ afectava els béns adquirits per la muller i actuava en el marc dels conflictes entre aquesta, que pretenia aquells béns com a propis, i el seu marit o hereus, que tenien la mateixa pretensió. A l'empara de la dita presumpció, se satisfien les aspiracions del marit, ja fos presumint que aquells béns van ser donats per ell a la muller, ja fos presumint que ell n'era el titular.⁷

A l'hora de cercar la raó última o justificació de la presumpció muciana, els autors, amb una manca d'unanimitat més que sorprenent, han configurat la presumpció, en els seus orígens, com un mecanisme complementari de la prohibició de les donacions entre cònjuges, com una manera de protegir la reputació de la muller davant la sospita d'un origen indecorós de l'adquisició o, en fi, com una manera d'acreditar el contingut del llegat de béns d'ús personal que el marit havia deixat a la muller.⁸

6. Parlen de presumpció muciana «tradicional» Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana concursal, el artículo 1442 del Código Civil*, València, Tirant lo Blanch, 2000; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación*, Madrid, Dykinson, 1999; María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 333 i seg.

7. Pel que fa a les fonts, és corrent remetre's a un text de Pomponi on s'atribueix l'autoria de la presumpció a Muci Escèvola i a un text del Còdex on sembla que es recull també la presumpció. Així, Digest, 24, 1, 51: «Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse»; Còdex, 5, 16, 6: «Nec est ignotum quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent».

8. Vegeu el detall d'aquestes teories i la bibliografia complementària a Francisco VIRGILI SORRIBES, «Proyección de la presunción muciana en derecho común», *Anales de la Academia Madritense del Notariado* (Madrid), tom X (1959), p. 283-353; Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana en el derecho civil de Cataluña», a Antonio PARA MARTÍN, *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Càtedra Duran i Bas, 1971, p. 47; Antonio PARA MARTÍN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, p. 9 i seg.; Santiago PELAYO HORE, «La presunción muciana», *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), tom XLII (1961), p. 793 i seg.; Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna del artículo 1442 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, tom XLIII (octubre-desembre 1990), p. 1190 i seg.; María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 333 i seg.; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 17-30; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 14-17. Malgrat aquesta diversitat d'arguments, és palesa la força que va guanyant el de la protecció de l'honor de la muller, mentre que queda relegat a un darrer terme el que ubica la interpretació de la presumpció muciana en el context dels llegats deixats pel marit a favor de la vídua. Aquesta teoria, que s'atribueix a KASER («Praesumptio muciana», *Studi De Francisci*, vol. I, Milà, Dott. A. Giuffrè Editore, 1956, p. 215) i que va ser defensada aferrissadament per Jesús Delgado Echevarría (*El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 168-169), té la virtut que

En un estadi ulterior, la presumpció muciana es fa extensiva als supòsits en què la muller aconsegueix acreditar la procedència de l'adquisició i justificant la celebració d'un negoci oneros amb un tercer. En aquest context, la sospita recaurà sobre la contraprestació o l'import satisfet per la muller, que es presumirà provinent del marit. Sorgirà, aleshores, la qüestió de determinar l'objecte que calia entendre donat: o la dita contraprestació, o el bé adquirit a títol oneros. I la generalitat dels autors es decanta per la primera de les alternatives.⁹

Entesa així, la presumpció muciana no troba ressò en el moviment codificador vuitcentista. Amb tot, la preocupació pel frau, idea fins a aquest moment aliena a la presumpció,¹⁰ explica la incorporació, al Codi de comerç i a favor dels creditors del comerciant fallit, d'una presumpció que es continua anomenant *muciana*.¹¹ Aquesta, diguem-ne, nova versió, parteix d'uns pressupòsits essencial-

és l'única que explica l'origen de la figura intentant afavorir la muller: així, si es plantejava un dubte sobre si els béns dels quals gaudia la muller procedien del marit i, per tant, integraven el llegat, la presumpció feia recaure sobre els hereus la càrrega de provar que no havien estat donats pel causant a aquella. A l'empara de la resta de teories, això no succeïa pas: o bé, a l'efecte de ser defensada moralment, la muller es veia perjudicada patrimonialment a favor del seu marit, o bé requeria sempre sobre els cònjuges la sospita de simulació d'un negoci oneros, atesa la prohibició de les donacions entre cònjuges.

Vegeu també, sobre la relació entre la presumpció muciana i el llegat de béns d'ús personal, Álvaro d'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universitarias de Navarra, 1977, p. 362 i 382. Per contra, defensa que el fonament de la presumpció muciana es troba només en la prohibició de les donacions entre cònjuges, Santiago PELAYO HORE, «La presunción muciana», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), 1961, p. 793-834.

9. Vegeu, sobre aquesta segona fase, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 171; Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 21 i seg.; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 30; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 16.

10. Hi va haver, però, intents de relacionar ambdues qüestions. Vegeu, sobre aquest particular, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 170-171. Esdevé també il·lustratiu el tractament que reben els creditors del marit, que, a l'efecte de poder recórrer a la presumpció, es consideren no estranys i, per tant, legitimats per a atacar els béns del marit o donats pel marit. En la doctrina clàssica catalana, vegeu Ioannes Petrus FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus*, Genevae, MDCCLII, clàusula 7, glossa 3, p. 15, núm. 23-25.

11. L'article 547 del Code de Commerce de 1807 establia: «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.»

Sobre aquest precepte, la seva influència en textos posteriors i la manera en què es va recollir aquesta nova versió en d'altres països europeus, vegeu Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 176 i seg.; María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 335; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 35 i seg.; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 23 i seg.

ment diferents als vistos i participa d'un règim també distint. En essència, regeix només en cas d'insolvència (concurso o fallida) del marit, esdevé un mecanisme establert només a favor dels creditors d'aquest, s'hi consideren, fonamentalment, les adquisicions oneroses fetes pel cònjuge i s'hi presumeix no pas la donació dels mitjans, sinó la seva titularitat; és per això que la seva conseqüència principal és la reintegració dels béns adquirits a la massa activa. És l'anomenada *presumpció muciana concursal*,¹² que, amb més o menys celeritat, ha anat desapareixent formalment d'ordenaments com el francès o l'alemany, o ha estat declarada inaplicable per la jurisprudència en d'altres, com l'italià.¹³

Sens dubte, la recepció i la vigència de l'anomenada genèricament *presumpció muciana* en els ordenaments jurídics espanyol i català, obeeixen a paràmetres radicalment oposats.

A Catalunya, la presumpció muciana tradicional va regir a l'empara, primer, de l'aplicació supletòria del dret romà¹⁴ i, després, de l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC) (Llei 40/1960, de 21 de juliol). L'evolució posterior i les successives reformes del dret civil català en van determinar la desaparició i va evolucionar cap a un nou expedient, més o menys coincident amb l'anomenada *presumpció muciana concursal*, aplicable només als supòsits d'insolvència d'un dels cònjuges i relatiu a les adquisicions oneroses celebrades per l'altre.¹⁵

El dret estatal no va positivitzar mai la presumpció muciana clàssica. No va ser fins al 1981, amb la Llei 11/1981, de 13 de maig, de modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic matrimonial, que es va incorporar al Codi civil l'article 1442. A l'empara d'aquest precepte, ubicat en la matèria del règim econòmic matrimonial de separació de béns, «[d]eclarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta pre-

12. Aquesta és la denominació comuna que empra la generalitat de la doctrina. Vegeu María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 375; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 23. Parla de «nova» presumpció muciana Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna».

13. Vegeu aquesta evolució, per tots, a Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 24 i seg.

14. Així ho explica Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 19 i seg.; Jesús LALINDE ABADÍA, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el derecho catalán*, Barcelona, Universitat de Barcelona, Càtedra Duran i Bas, 1965, p. 170.

15. Vegeu, sobre aquests preceptes, la darrera part d'aquest treball.

sunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho». Per bé que identificar el contingut d'aquesta disposició amb el perfil definitori de l'anomenada *presumpció muciana concursal* pot suggerir opinions no coincidents,¹⁶ el cert és que la seva aplicació a supòsits d'insolvència i la seva configuració com a mecanisme de protecció dels creditors deixa clar que el que no s'hi recull pas és la presumpció muciana tradicional. Més enllà d'aquesta constatació, parlar de *presumpció muciana concursal* o *presumpció de donacions en cas d'insolvència* és, al nostre entendre, una qüestió terminològica en la qual totes les opcions són viables en la mesura que ajuden l'interpret a identificar el supòsit de què es parla.

L'article 78.1 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, empra la rúbrica «presunción de donaciones entre cónyuges» i disciplina la institució com a mecanisme de protecció creditícia en procediments d'execució universal. Certament, la primera constatació pot esdevenir, en relació amb la qüestió del *nomen*, un element més que cal considerar. El que sobta, en qualsevol cas, és la pervivència de la institució, per bé que amb una configuració diferent a la de l'article 1442 CC quant a pressupòsits, objecte i conseqüències. Sobta perquè, pràcticament derogada en els restants ordenaments europeus i criticada en termes d'utilitat i, àdhuc, de constitucionalitat, sembla que el legislador estatal cerca, contràriament, la seva revifalla.¹⁷

16. El cert és que bona part de la doctrina parla, sense més preàmbuls, de l'article 1442 CC com a referent inqüestionable de la presumpció muciana concursal en l'ordenament estatal. Per contra, José Massaguer Fuentes (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, Llibreria Bosch, 1986, p. 64) considera que la dita disposició no recull el règim característic de la presumpció muciana concursal, atès que el que s'hi presumeix no és que els béns s'hagin adquirit amb diners del concursat i, per tant, siguin de la seva propietat i hagin de reintegrar-se automàticament a la massa del concurs, sinó que s'hi presumeix que han estat donats al cònjuge del concursat en la seva meitat. Una línia intermèdia, si es vol, reconciliadora, és la mantinguda per Clara I. Asúa González (*La presunción muciana*, p. 28-29). L'autora diu: «La presunción, ceñida a expedientes concursales y en beneficio exclusivo de los acreedores, de que en una adquisición onerosa de un cónyuge la contraprestación proviene del cónyuge deudor resulta el elemento definidor de la figura y el que realmente justifica la denominación. Las diferencias por lo que hace al modo de precisar el objeto de la presunción, al hecho base y a las consecuencias de la misma determinarán el concreto régimen jurídico de la presunción, pero no justifican la exclusión de la categoría a la que nos venimos refiriendo, máximo cuando, tal y como se ha señalado, no hay ni mucho menos un único patrón de referencia.»

17. Qüestiona la utilitat i la constitucionalitat de l'article 1442 del Codi civil Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 124-127; dubta de la seva constitucionalitat Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 200 i seg.

4. L'ARTICLE 78.1 I 2 DE LA LLEI CONCURSAL: LA PRESUMPCIÓ DE DONACIONS DEL DEUTOR CONCURSAT AL SEU CÒNJUGE. ANTECEDENTS, ESTRUCTURA I RÈGIM JURÍDIC

4.1. ANTECEDENTS

Voler tractar dels antecedents de l'article 78.1 i 2 LC obeeix a una finalitat molt concreta, que determinarà l'abast de la cerca. Més enllà de la menció de les diferents propostes de reforma de la legislació concursal i dels termes en què es preveia en aquestes la institució, hom pretén esclarir, si escau, en quina mesura es modifica, en virtut del dit precepte, la regulació vigent fins a aquest moment en matèria de presumpció de donacions entre cònjuges en l'àmbit del dret estatal. La qüestió reclama l'anàlisi de l'article 1442 CC, atès que és aquest precepte el que n'establí el règim.¹⁸

4.1.1. *La presumpció de donacions ex article 1.442 del Codi civil. Aproximació al seu règim jurídic*

Superades les diferències inicials relatives al mode de configurar la presumpció de les donacions entre cònjuges, l'article 1442 CC esdevé, amb la reforma de 1981, un referent ineludible en la matèria.¹⁹

Més enllà de les constatacions elementals, com que el precepte no incorpora un expedient de reintegració automàtica dels béns a la massa activa, atès que la pre-

18. La qüestió de la derogació de l'article 1442 CC per raó del que es preveu en l'article 78.1 i 2 LC ha de ser plantejada en els termes que s'exposen en el text, atès que en la disposició derogatòria única de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, no es troba, entre les disposicions expressament derogades, cap menció a aquell precepte. Si de cas, caldria donar aplicació a l'apartat quart de la dita disposició, que assenyala: «[...] Asimismo, quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley [...]». En aquest sentit, vegeu l'esmena de modificació de la disposició derogatòria única plantejada pel Grup Parlamentari Socialista amb la finalitat d'incorporar l'article 1442 CC al llistat de disposicions derogades per la Llei concursal (esmena núm. 388, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», sèrie A, «Proyectos de Ley», núm. 101-15, 2 de desembre de 2002, p. 238 *in fine*).

19. El text proposat per la Comissió General de Codificació disposava: «[C]uando el marido o la mujer sean insolventes, y no estuvieren separados judicialmente o de hecho, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que los bienes adquiridos por el otro cónyuge a título oneroso y mediante precio en dinero, fueron adquiridos con fondos del deudor y son propios del mismo, siempre que la adquisición haya tenido lugar dentro del año inmediatamente anterior a la declaración de quiebra o concurso o, en su caso, durante el período a que se retrotraigan los efectos de aquella. La presunción no perjudicará los derechos adquiridos por terceros, a título oneroso y de

sumpció que estableix no és pas de propietat, sinó de donació,²⁰ i d'aspectes del seu règim jurídic, més o menys consensuats (per exemple, la seva aplicació, només, a cònjuges casats en règim econòmic matrimonial de separació de béns que, a més, no es troben separats, judicialment o de fet, en el moment de l'adquisició;²¹ la

buena fe, pero se extenderá a la contraprestación que se hubiere recibido» (art. 1430 bis CC). En aquesta proposta, que es va convertir en el contingut de l'article 1438 del Projecte de llei sobre règim econòmic matrimonial de 4 d'octubre de 1978 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 155), es va advertir la influència de la regulació italiana continguda en l'article 70 de la Legge Fallimentare («I beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronti ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con danaro del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso [...]») (vegeu, sobre aquesta influència, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 13; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 92 i seg.). Amb tot, en el Projecte de llei sobre modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic matrimonial, de 14 de setembre de 1979 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 14), es proposa una regulació essencialment diferent: se suprimeix la limitació a les adquisicions oneroses en les quals la contraprestació hagi consistit en diners, i, sobretot, la presumpció, que ja no afecta la titularitat dels béns adquirits, ho és de donació de la meitat dels dits béns. S'hi diu: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período de retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho» (vegeu, sobre la tramitació parlamentària d'aquest precepte, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 93 i seg.).

20. Així, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 95; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 41; Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1203.

21. En relació amb aquests pressupòsits subjectius, la doctrina es manifesta de manera quasi unànime a l'hora d'exigir que el concursat o fallit i l'adquirent estiguin casats en el moment de l'adquisició i que en aquest mateix moment no es trobin separats. Vegeu Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 162; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 102 i seg.; Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1203; María Ángeles MANZANO CEJUDO, «Determinación de la masa activa», a Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA i Manuel SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 492. D'altra banda, sembla que l'opinió majoritària no exigeix que la separació dels cònjuges es perllongui durant tot el període sospitós per tal d'excusar l'aplicació de l'article 1442 CC. En qualsevol cas, la reconciliació posterior dels cònjuges pot ser valorada, si escau, com a indicatiu d'una separació fraudulenta anterior. Vegeu Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 162; Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1205; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 104.

La doctrina ha perfilat també el concepte d'adquisició com a referent temporal de la presumpció de donacions i ha exigut que en el període sospitós no sols s'hagi adquirit el dret corresponent (p. ex., mitjançant la concurrència de títol i mode), sinó que, a més, s'hagi satisfet la contraprestació corresponent; és per això que es defensa que el pagament és un element configurador del fet base i que han de quedar fora de l'àmbit objectiu d'aplicació de l'article 1442 CC els supòsits de no-satisfacció del preu i els de pagament anterior al període sospitós. Vegeu, sobre aquest particular, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 94 i seg.; María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 366; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 164.

seva naturalesa *iuris tantum*;²² la limitació del seu àmbit objectiu als procediments d'execució col·lectiva i a les adquisicions oneroses fetes dins del període sospitos²³ i, en fi, la seva operativitat, parteixen, com a fet provat, de l'adquisició del cònjuge del concursat o fallit, i defugen, per tant, supòsits de titularitat dubtosa (art. 1441 CC),²⁴ sens dubte els aspectes més rellevants del règim jurídic de la presumpció de donacions de l'article 1442 CC són els relatius a la naturalesa i el tipus d'adquisicions compreses en el seu radi d'aplicació i a la configuració del fet presumpte.

4.1.1.1. Adquisicions oneroses del cònjuge

La presumpció de donacions de l'article 1442 CC reclama l'adquisició d'un bé, a títol onerós, pel cònjuge del concursat o fallit.²⁵ Tot i que el supòsit habitual serà el de la contractació amb un tercer, la doctrina defensa que la norma pot estendre's també a les adquisicions procedents del cònjuge concursat o fallit.²⁶ Optar per aquesta possibilitat comportaria, un cop provat el fet base de l'adquisició en virtut d'un negoci onerós, imposar als cònjuges la càrrega d'a-

22. Vegeu María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 340; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 69; Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 93 i 115, i Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1205.

23. Vegeu María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 343 i 350; Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 99, i Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 107.

24. L'article 1441 CC disposa: «Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por la mitad.» Exclouen de l'article 1442 CC els supòsits de titularitat dubtosa Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1207, María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 347, i Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 133. D'altra banda, s'ha plantejat si, un cop aplicat l'article 1441 CC, la presumpció de donacions afecta la meitat corresponent al cònjuge del concursat o fallit. L'opinió majoritària s'empara en la literalitat de l'article 1442 CC, que demana l'adquisició acreditada del cònjuge del concursat, per a limitar-ne l'aplicació als supòsits d'adquisicions provades i exclusives. Vegeu, en aquest sentit, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 158-159.

25. Coincideix amb la segona part, o segon estadi, de l'anomenada *presumpció muciana tradicional*, que recau, també, no sobre qualsevulla adquisició del cònjuge, sinó sobre les adquisicions a títol onerós produïdes en virtut d'un negoci jurídic celebrat amb un tercer.

26. Es manifesten a favor de l'aplicació de la norma amb independència de qui sigui el transmissor, ja ho sigui un tercer, ja ho sigui el mateix cònjuge concursat, Cristina TORTORICI PASTOR, «En torno a la muciana moderna», p. 1208, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 116 i seg. i p. 171, María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 349, 357, 361 i 362, i Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 41.

creditar que es va satisfer tot el preu o que, a l'hora de fixar-lo, no hi va haver una minva per raó d'una liberalitat; en un altre cas, es presumiria la donació de la meitat. Certament, defensar aquesta lectura del precepte ha obligat la doctrina a reconduir el supòsit cap a l'esquema de la simulació objectiva (així, es diria que es va celebrar un negoci onerós quan, de fet, hi va haver una donació, la de la meitat del bé)²⁷ o bé cap al del *negotium mixtum cum donatione*²⁸ (a l'emparrar d'aquest, es presumiria que, per raó d'una liberalitat, el preu es va rebaixar fins a la meitat).²⁹ Sens dubte, aquesta darrera sembla l'opció més versemblant, ja que és la que proporciona l'explicació més senzilla del supòsit: s'hauria celebrat, sols, un *únic* negoci jurídic (compravenda amb preu rebaixat), i no pas dos (compravenda de la meitat del bé i donació de l'altra meitat).

En qualsevol cas, la qüestió que suggereix el plantejament anterior és la relativa a la utilitat que, per als creditors, tindria el precepte, atès que l'ordenament ja brinda a les persones interessades, si escau, l'acció d'impugnació per simulació d'un negoci onerós o les corresponents accions d'atac contra el negoci mixt en la part que obeeix a gratuïtat. Al nostre entendre, sigui quina sigui d'ambdues la justificació de fons que es consideri més encertada, l'interès del precepte consistiria a facilitar als creditors un mecanisme que els excusés de la necessitat d'aportar, *ab initio*, una prova de la naturalesa gratuïta del negoci celebrat (així, en un cas, del negoci dissimulat; en l'altre, de la part gratuïta del negoci mixt), car es presumeix. A partir d'aquí quedaria oberta, a més, la possibilitat de recórrer a altres mecanismes, com ara la rescissió per frau de creditors, que, com que es tracta d'un negoci gratuït, no requereix la prova de la seva naturalesa fraudulenta (art. 1111, 1291.3 i 1297 CC). Nogensmenys, aquest interès pot esdevenir més fictici que real si hom considera, per una banda, que els creditors han de provar, en primer terme, l'adquisició onerosa del cònjuge, de manera que, si això ja no és possible, no es pot pretendre l'aplicació del precepte; per l'altra, que la presumpció ho és, només, de la donació de la meitat del bé. En aquest sentit, la presumpció apareix certament artificiosa, atès que, en la pràctica, sembla poc probable, i estadísticament poc freqüent, que la intenció dels cònjuges pugui arribar a ser la de simular només parcialment un negoci onerós. Així, quan la simulació afecti tot el negoci, difícilment els creditors es complauran amb una norma que en presumeixi només la simulació parcial. I l'argument

27. Fan esment de l'expedient simulatori com a mecanisme per a explicar el fonament de l'article 1442 CC Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 116 i seg., i Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 41 i seg.

28. Vegeu, per tots, sobre aquesta categoria, Ferran BADOSA COLL, «El negoci jurídic», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 259.

29. Així, María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 357 i 361.

es pot reproduir per al cas que s'entengui celebrat un *negotium mixtum cum donatione* quan la rebaixa en el preu s'estimi superior a la de la meitat del seu valor.

4.1.1.2. La configuració del fet presumpte: l'expedient subrogatori i la doble simulació

Com s'ha dit, l'article 1442 CC s'aparta de la configuració clàssica de la presumpció muciana concursal, perquè el que fa no és pas presumir que els mitjans emprats per a l'adquisició eren del concursat i fallit, i per això mateix, que també ho és el bé adquirit, sinó que, contràriament, presumeix la donació de la meitat del bé. Quan el cònjuge adquireix el bé a un tercer, explicar el fet presumpte es fa realment difícil, perquè, com a fet provat, es demana l'adquisició del dit bé pel cònjuge i en virtut d'un negoci oneros. Dit d'una altra manera, cal acreditar que el bé pertany al cònjuge perquè va ser adquirit per ell a un tercer. Com és possible, aleshores, que la llei presumeixi que la meitat del bé va ser donada al cònjuge pel concursat o fallit? En aquest punt, l'article 1442 CC sembla contradictori.

4.1.1.2.1. L'adquisició del bé, la donació dels recursos i l'expedient subrogatori: la presumpció de la donació del bé

Aquesta contradicció inicial entre el fet base i el fet presumpte s'ha solucionat llegint l'article 1442 CC en termes d'una presumpció de donació de mitjans i una subrogació del bé adquirit en lloc d'aquests.³⁰

A priori, amb aquesta opció desferíem la confusió generada per la dicció de l'article 1442 CC pel que fa als *objectes* sobre els quals recaurien, respectiva-

30. Així, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 46. Aquesta autora defuig la noció de *subrogació real*, emprada pràcticament per la resta de la doctrina (així, María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 355), perquè, al seu entendre, el que succeeix no és pas que qui era titular d'un bé passa a ser-ho d'un altre que substitueix el primer, sinó que els efectes que es donarien sobre l'objecte que es presumeix donat (els mitjans o diners) es projecten sobre els béns adquirits. I conclou assenyalant que el precepte presumeix donats els diners, però l'acció recau sobre els béns.

Més enllà de qüestions terminològiques i sabut el fenomen al qual, amb un o altre terme, hom vol fer referència, la polèmica sobre el recurs a l'expedient subrogatori es va manifestar d'una manera molt més encesa a l'empara de la redacció de l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya (Llei 49/1960, de 21 de juliol). El defensor més aferrissat de l'aplicació del dit meca-

ment, el fet base i el fet presumpte, que serien distints: el primer ho faria sobre el bé adquirit a un tercer; el segon, sobre els *recursos* emprats en aquesta adquisició, la meitat dels quals s'entendrien donats pel concursat. Més enllà i per mitjà del recurs a l'expedient subrogatori, hom passaria de presumir donats els recursos necessaris per a l'adquisició, a presumir donats els béns adquirits.

Interessa reiterar que, a l'empara d'aquesta línia d'interpretació, tant els mitjans com el bé adquirit pertanyen al cònjuge adquirent (els recursos, perquè els va adquirir presumptament per mitjà de la donació del concursat o fallit; el bé, perquè li va transmetre el tercer). En cap cas no es qüestiona la possible titularitat que, sobre l'adquisició, pugui arribar a tenir el concursat o fallit, atès que no en pot tenir cap: ni la contraprestació era pròpia (fet que, si hagués escaigut, hauria pogut permetre el recurs a l'expedient de la subrogació real a l'efecte d'esdevenir titular d'allò que s'adquireix amb mitjans propis), ni ell participa, com a adquirent, en el negoci d'adquisició, que protagonitzen el seu cònjuge i el tercer que transmet. Per tant, l'article 1442 CC en cap cas no facilita l'agressió dels béns per tal que siguin del concursat o fallit, sinó que permet l'atac del negoci jurídic presumptament celebrat entre els cònjuges pel fet de presumir-ne la gratuïtat; succeeix, però, que, en comptes de fixar-se en la transmissió dels recursos, la presumpció recau sobre el bé adquirit, que es tracta jurídicament com si fos donat en la seva meitat pel concursat o fallit.³¹

nisme va ser Francisco Virgili Sorribes (*La presunción muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por la mujer catalana*, Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, 1956, col·l. «Propiedad y Matrimonio», p. 214), que defensava que, llevat que hi hagués una prova en sentit contrari, calia presumir que el marit donava a la muller els diners emprats en l'adquisició d'un bé; és per això que hom podia considerar que el dit bé li va ser donat pel marit. Una opció diferent, la contrària, va ser la propugnada per Ramón María Roca Sastre (*Derecho hipotecario*, tom III, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 202). Aquest autor entenia que el règim econòmic matrimonial de separació de béns era incompatible amb l'expedient de la subrogació real, ja que, a diferència del règim de guanys, els cònjuges només podien actuar com a òrgans d'adquisició de béns privatius propis, però mai com a òrgans d'adquisició de béns de l'altre. Com es veurà (*infra*, apartat 5.1 d'aquest treball), aquesta és l'opció que va convèncer el legislador català.

Amb palesa contradicció amb la literalitat de l'article 1442 CC, defensa que el fet presumpte és la donació de diners o mitjans i que, per tant, són aquests recursos el que cal reintegrar a la massa activa, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 182 i seg.

31. Proposa una interpretació correctora de l'article 1442 CC, ja que exigeix que la prova en sentit contrari recaigui sobre l'origen de la contraprestació satisfeta, José Luis LACRUZ BERDEJO, «El régimen de separación absoluta», a José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco A. SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ i Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de derecho civil*, tom IV, «Derecho de familia», vol. I, Barcelona, José M. Bosch Editor, 1990, p. 535. Altrament, seria molt fàcil enervar l'aplicació de la presumpció acreditant, simplement, la celebració d'un negoci onerós amb un tercer.

4.1.1.2.2. La identitat d'objectes: la doble simulació

Tot i que la doctrina no se n'ha fet ressò, hi ha una altra manera de solucionar la contradicció que amaga la literalitat de l'article 1442 CC; en aquest cas, sense necessitat de fer recaure el fet base i el fet presumpte sobre un objecte distint. Seria, en ambdós casos, el mateix: *el bé adquirít*. D'aquesta manera, explicar com, un cop acreditada l'adquisició onerosa d'un bé procedent d'un tercer, hom pot presumir la donació de la seva meitat pel cònjuge concursat, obligaria a reconduir el supòsit cap a una doble simulació: objectiva i subjectiva. En primer terme, afectaria la naturalesa del títol, que apareixeria tot ell oneros, mentre que en la seva meitat va ser gratuït; en segon terme, afectaria el transmissent, que no ho hauria estat només el tercer, sinó també el cònjuge concursat. L'adquisició onerosa procedent d'un tercer amagaria, com a negoci dissimulat, la donació de la meitat del bé feta pel deutor concursat.

4.1.2. *La presumpció de donacions i les propostes de reforma de la legislació concursal*

La regulació de les presumpcions de donacions entre cònjuges ha variat sensiblement en el decurs dels diferents projectes i treballs de reforma de la legislació concursal. En l'article 264 de l'Avantprojecte de llei concursal de 1983 es deia: «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 período a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición, pero no la del precio con 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 [...]»³² Per la seva banda, l'article 79.1 i 2 de

32. Vegeu *Cuadernos de Derecho y Comercio: La reforma del derecho concursal*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1987, p. 282, monogràfic.

l'Avantprojecte de llei concursal de 1995, sota la rúbrica «presumpció muciana», regulava el supòsit en els mateixos termes que l'article 264 transcrit.³³

La lectura del precepte fa inevitable una constatació elemental i, d'altra banda, suggereix un ineludible exercici comparatiu amb el previst en l'article 1442 CC.

Pel que fa al primer aspecte, és innegable la semblança del precepte amb la configuració que l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya (Llei 40/1960) va fer de la presumpció de donacions. Així, més enllà d'aplicar-se només als cònjuges casats en règim econòmic de separació de béns, ambdós articles compartien una mateixa estructura establerta en funció de dues presumpcions: una que regia respecte dels béns adquirits mentre va durar el matrimoni, la procedència dels quals no es podia justificar, i una altra que s'aplicava en el cas que es justificqués l'adquisició, però no l'origen del preu. Aquesta semblança és sens dubte significativa, per bé que s'esgota amb els elements esmentats; més enllà, tot són diferències: els preceptes transcrits serien només aplicables als supòsits d'insolvència i afectarien les adquisicions fetes dins del període sospitós (l'any anterior a l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs o, si fos superior, dins del seu període de retroacció). Mentre que l'article 23 de la Compilació va defugir l'expedient de la subrogació real i, com que es tractava de l'adquisició onerosa procedent d'un tercer i amb origen injustificat del preu satisfet, va optar per presumir la donació dels recursos i no pas la del bé, els projectes de reforma van optar per l'efecte subrogatori i van presumir, en el mateix supòsit, la donació del bé.³⁴ En fi, en l'article 23 de la Compilació, segons la seva redacció originària i fins al text refós de 1984, no s'excusava expressament de la prova de l'origen dels mitjans el cònjuge amb capacitat econòmica, com succeeix en els projectes.³⁵

Interessa incidir en l'estructura de la presumpció, possiblement manllevada de l'originari article 23 de la Compilació. Com s'ha dit, de fet, més que no pas una presumpció, els preceptes esmentats n'establien dues. En qualsevol cas, el fet provat del qual es partia era l'*adquisició d'un bé pel cònjuge del concursat*,

33. Vegeu-ne el text a Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de ley concursal y el Registro de la Propiedad*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997, p. 281. Vegeu també Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 59 i seg.; Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», a Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA i Juana PULGAR EZQUERRA, *Estudios sobre el Anteproyecto de ley concursal de 2001*, Madrid, Dilex, 2001, p. 163.

34. Vegeu Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 215, que critica aquesta opció.

35. Òbviament, els projectes de reforma concursal fan referència als béns adquirits pel cònjuge del concursat i fallit, i no pas a la «muller» que apareixia en l'article 23 de la Compilació.

sense fer-se cap menció addicional a la naturalesa onerosa o gratuïta del títol adq­uisitiu ni al trans­mitent, i el que s'hi presumia, amb caràcter *iuris tantum*, era sempre la *donació del dit bé del concursat al seu cònjuge*. El fet presumpte inci­dia, doncs, en la naturalesa del títol adq­uisitiu (donació) i la identitat del donant (el cònjuge concursat). La primera de les presumpcions regia en la mesura que hom no podia justificar la procedència de l'adq­uisició.³⁶ Llevat dels casos d'aportació d'una prova acreditativa de l'adq­uisició originària del bé (per exemple, per prescripció adq­uisitiva, ocupació) o de disposició lucrativa feta per un tercer a favor del dit cònjuge, la prova de l'adq­uisició onerosa, si no anava acom­panyada de la prova de l'origen del preu satisfet, feia aplicable la segona de les presumpcions. A la seva empara, tanmateix, es presumia donat el bé si no es justificava la procedència de la contraprestació satisfeta («[...] Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado [...]»). En conseqüència, com que es tractava d'una adq­uisició en virtut

36. La doctrina va posar de manifest el «contrasentit» que representava barrejar, fins a confondre'ls, el fet base o provat i la prova en sentit contrari del fet presumpte. Dit d'una altra manera, en parlar de *béns adquirits* en la primera de les presumpcions establertes en els articles 264 i 79 de l'Avantprojecte, el fet de l'adq­uisició apareixia com a indubtable, com a pressupòsit que necessàriament havia de ser acreditat pels creditors per tal que s'apliqués la presumpció; succeïa, però, que la prova en sentit contrari havia de justificar la procedència dels béns, i aquesta, lògicament, estava referenciada en el títol d'adq­uisició que, tal com s'ha dit, integrava el fet base. Vegeu, sobre aquesta qüestió, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 60 i 61. Aquesta autora, després d'evidenciar que l'àmbit natural d'aplicació de la norma és el de les adq­uisicions que no es poden justificar, es pregunta, molt il·lustrativament, com és possible acreditar una adq­uisició sense justificar-ne el títol.

Vegeu, sobre aquesta aparent contradicció en el context de l'originari article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya, Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 94-95. Aquest autor proposava interpretar l'expressió *béns adquirits* que apareixia en la primera de les presumpcions com a «béns posseïts», perquè deia que la màxima de l'experiència apreciada pel legislador és que els béns posseïts per la muller procedeixen del seu marit. Òbviament, aquesta justificació no és, avui dia, gens convincent.

Al nostre entendre, hi hauria un supòsit, il·lustratiu i emblemàtic, al qual hauria estat aplicable la primera de les presumpcions previstes en els articles 274 i 79 de l'Avantprojecte: es tractaria dels diners no declarats del concursat que aquest ingressa en un compte a nom del seu cònjuge per tal de blanquejar-los; es tractaria de béns la procedència dels quals no es podria justificar. D'altra banda, la norma desestimulava la realització d'operacions de naturalesa semblant amb terceres persones (p. ex., un familiar, un amic...), i això perquè, en cas de declaració de concurs del cònjuge de la persona beneficiària dels dits ingressos, es correria el risc que es presumís que les dites quantitats van ser donades pel concursat a aquesta tercera persona.

D'altra banda, les normes que es comenten haurien pogut desplegar la seva eficàcia en tot supòsit en què hagués estat possible acreditar el fet de l'ingrés d'un bé en el patrimoni del cònjuge del concursat, però no el títol adq­uisitiu (per exemple, quan hom disposa d'una certificació registral on només consta qui és el titular de la finca; pel permís de circulació, on només consta qui és el titular del vehicle...).

d'un negoci onerós, la prova de la seva celebració esdevenia insuficient (per exemple, una compravenda, una permuta, etc., en les quals com a comprador o permutant intervingués el cònjuge adquirent), de manera que calia, a més, justificar l'origen del preu. En darrer terme, la necessitat d'aportar aquesta darrera prova tenia com a excepció que s'acredités la capacitat econòmica del cònjuge del concursat («[...] Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo [...]»). És per això que la presumpció no regiria quan, un cop justificada l'adquisició, el cònjuge pogués provar que tenia fons propis (procedents, alhora, dels propis rendiments del treball o capital, de disposicions gratuïtes amb les quals va ser beneficiat per tercers...) o, en fi, que tenia capacitat o autonomia econòmica suficient per a adquirir el dit bé. En aquest darrer supòsit, el cert és que l'origen o la procedència del preu no quedarien provats, atès que, estrictament, no s'acreditaria la inversió efectiva, sinó la possibilitat de fer-la. Hom podria pensar que, en el fons, la norma amagava una nova *presumpció*: un cop provada la capacitat adquisitiva, es presumiria l'aplicació efectiva de fons propis a l'adquisició del bé. Si, a més, se'n defensés el caràcter *iuris tantum*, la lectura feta del precepte hauria permès provar que, malgrat la capacitat econòmica del cònjuge adquirent, el preu satisfet no procedia de recursos propis. En aquest cas, regiria la presumpció de donacions, perquè, un cop justificada l'adquisició, no ho hauria estat la procedència del preu. Aquesta interpretació del precepte topa amb l'inconvenient de la seva literalitat: com que es tracta d'una norma que estableix «presumpcions», sembla que si s'hagués volgut «presumir» l'adquisició amb recursos propis, s'hauria pogut establir així de clarament; el precepte, però, empra una expressió distinta («Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando [...]»). Amb tot, el nostre parer és que la interpretació correcta de la norma és la proposada per raó de la funció que era cridada a desenvolupar: excusaria de l'aportació de la prova de la inversió efectiva, car ja es presumiria.

D'altra banda, tot i que sembla evident que els preceptes que s'analitzen pensaven, sobretot, en adquisicions oneroses celebrades pel cònjuge del concursat amb un tercer estrany, hi tenien cabuda també les adquisicions que procedien directament del concursat i que no implicaven cap tercer ni pressuposaven un segon negoci, a part de la donació presumpta. En aquest sentit, el cert és que, en aquest punt, la primera de les presumpcions establertes en els articles 264 i 79 de l'Avantprojecte ni exigia ni exclouïa res, atès que partia precisament de la innecessitat d'acreditar la procedència del bé (i, per tant, d'identificar qui i com transmetia), i aquesta circumstància podia afectar tant una transmissió realitzada per un tercer, com la que eventualment s'havia rebut del cònjuge concursat; a l'empara de la segona, un cop identificada la procedència del bé amb un negoci onerós

celebrat entre cònjuges, se'n continuaria presumint la donació llevat que s'acredités l'origen del preu que, presumptament, el concursat va rebre del seu cònjuge.

De la mateixa manera que els articles que es comenten s'apropaven a la configuració que presentava l'article 23 de la Compilació, s'allunyaven, aparentment, de l'article 1442 CC, precepte cridat a perdre vigència. Certament, compartien la restricció del seu àmbit de vigència als supòsits d'insolvència del cònjuge casat en règim econòmic matrimonial de separació de béns i a les adquisicions fetes per l'altre dins del període sospitós,³⁷ la manca d'automatisme com a mecanisme de reintegració de la massa³⁸ i el contingut del fet presumpte, que, en tot cas, era la *donació del bé adquirít*. Pel que fa al fet base, però, l'estructura apareixia com a radicalment diferent: mentre que l'article 1442 CC imposava als creditors la càrrega d'acreditar l'adquisició en virtut d'un títol oneros, els projectes ens parlen, en primer terme, d'adquisicions de procedència no precisada. Implicaria això un avantatge o una comoditat, en termes de deure processal, per als creditors? L'article 1442 CC, en fer referència al «títol oneros», deixava fora del seu àmbit les adquisicions gratuïtes; fet, d'altra banda, totalment lògic, ja que, un cop acreditat l'origen gratuït de l'adquisició, qualsevulla presumpció de donacions hagués esdevingut sobrerera. A l'empara dels projectes de reforma, aquella menció desapareix, però, atès el que s'ha dit, l'interès de la norma, per lògica, defuig la gratuïtat acreditada;³⁹ dit d'una altra manera, si és conegut pels creditors l'origen gratuït de l'adquisició o és provat pel cònjuge, la norma esdevé inaplicable. La seva operativitat, en aquest punt, es faria evident quan els creditors desconeguessin la naturalesa del títol adquisitiu i només poguessin acreditar l'adquisició.

D'altra banda, com que es tractava d'una adquisició procedent d'un negoci oneros, la segona de les presumpcions requeia sobre el preu, per bé que, com en l'article 1442 CC, els efectes es projectaven sobre el bé adquirít: si el cònjuge adquirent no justificava l'origen de la contraprestació, el bé es presumia donat. Tot i que la literalitat de les normes diferia, creiem que el règim era el mateix, almenys per al supòsit de la contractació amb un tercer. Si es recorda, a l'empara de l'article 1442 CC la prova en sentit contrari de la donació presumpta no era pas el títol adquisitiu procedent del negoci celebrat amb un tercer; altrament,

37. Període sospitós que, per cert, també es pretén reformar: mentre que en l'article 1442 CC ho és l'any anterior a la declaració o el període de retroacció de la fallida, en els articles 264 i 79 de l'Avantprojecte ho és l'any anterior a l'admissió a tràmit de la sol·licitud de concurs o el període de retroacció, si fos superior a aquell.

38. Sobre la manca d'automatisme de l'article 79 de l'Avantprojecte de 1995, vegeu Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 214.

39. En termes semblants, vegeu Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 214.

hauria estat molt fàcil desvirtuar la presumpció. Per contra, la doctrina, fent seva la tesi de la subrogació real ja exposada, ha exigít sempre la prova de la procedència dels mitjans satisfets, i, precisament, és aquesta lectura la que, es creu, recollien els articles 264 i 79 de l'Avantprojecte. Pel que fa al cas de l'adquisició onerosa procedent del concursat, els termes en què cal plantejar la qüestió forçosament difereixen dels emprats en la interpretació de l'article 1442 CC. La raó d'aquest fet és que la presumpció proposada ho era de la donació de *tot el bé*, i no, com en l'article 1442 CC, de només la seva *meitat*.⁴⁰ És per això que la justificació de la disposició en el *negotium mixtum cum donatione* hauria deixat de tenir sentit i s'hauria reforçat la teoria de la simulació objectiva o causal.

Amb l'article 77 de l'Avantprojecte de llei concursal de 2001 es dona una reorientació a la qüestió plantejada⁴¹ i es proposa regular la presumpció de donacions en els mateixos termes que es van preveure després en l'article 77 del Projecte de llei concursal de 2002⁴² i, més tard, en l'article 78.1 i 2 del text vigent.

4.2. ÀMBIT D'APLICACIÓ, ESTRUCTURA I RÈGIM JURÍDIC

Des d'un punt de vista estructural, l'article 78.1 LC conté dues presumpcions.⁴³ És obvi que l'al·legació d'una i altra només és possible en el marc d'un procediment concursal i si el concursat és una persona casada, no separada i subjecta al règim econòmic matrimonial de separació de béns. Una i altra demanen també la prova de l'adquisició onerosa del cònjuge del deutor concursat. Un element específic del fet base de la primera presumpció seria l'origen de la contraprestació satisfeta per a l'adquisició del bé: cal que procedeixi del patrimoni del concursat. I un element específic del fet base de la segona presumpció seria el temps de l'adquisició: cal que s'hagi fet dins del període sospitós.

Sens dubte, la novetat més notable i evident que incorpora l'article 78.1 i 2 LC és la configuració del fet presumpte: ambdues presumpcions recauen sobre

40. La principal novetat que pretenien introduir aquests textos respecte del règim previst en l'article 1442 CC era la de presumir donats en la seva totalitat, i no sols en la seva meitat, els béns adquirits pel cònjuge a títol oneros durant la fase de retroacció (vegeu Javier MEJÍAS GÓMEZ, *La reforma: La formació de la masa en la propuesta de anteproyecto de la ley concursal de 1995*, Dykinson, p. 51, monogràfic).

41. Vegeu-ne el text íntegre a Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA i Juana PULGAR EZQUERRA (dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto*, p. 397 i seg.

42. Vegeu-ne el text íntegre a *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», VII legislatura, sèrie A, «Proyectos de Ley», 23 de juliol de 2002, núm. 101-1.

43. Que, de fet, hi ha dues presumpcions, ho deixa clar l'apartat segon de l'article 78 LC: «2. Las presunciones a que se refiere este artículo [...]». Vegeu, també, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 163-165.

tota o la meitat de la *contraprestació satisfeta*, de manera que desapareix la referència recurrent, en aquest punt, al *bé adquirít* (art. 1442 CC i 264 i 79 dels avantprojectes de llei concursal de 1983 i 1995, respectivament). Aquesta configuració evita tota coincidència o identitat entre els objectes del fet base i el fet presumpte, i fa innecessari, inexistent, el risc de contradicció, el recurs a l'expedient subrogatori o a la simulació doble, ja vistos.

4.2.1. *Àmbit d'aplicació de les presumpcions ex article 78.1 i 2 de la Llei concursal*

Des d'un punt de vista subjectiu, el precepte demana la concurrència del vincle matrimonial i la subjecció del matrimoni al règim econòmic matrimonial de separació de béns. Des d'un punt de vista objectiu, la norma regeix tan sols en el marc de procediments d'execució col·lectiva.

4.2.1.1. Matrimoni i règim econòmic matrimonial de separació de béns

La norma es diu només aplicable al supòsit de concurs d'una persona casada en règim econòmic matrimonial de separació de béns i sempre que els cònjuges no es trobin separats judicialment o de fet (arg. *ex art.* 78.2 LC). Apreciar la concurrència o manca d'aquests pressupòsits subjectius requereix, prèviament, concretar en el temps el moment en què cal fer aquesta valoració. El cert és que, de paràmetres temporals d'interès, en aquest punt se'n poden identificar, com a mínim, tres: el de la declaració del concurs, el de l'adquisició del bé pel cònjuge i, en darrer terme, el de la presumpta donació de la contraprestació pel concursat al seu cònjuge. Per bé que, abstractament, és possible, encara que improbable, la seva coincidència en el temps, el recurs més ordinari de l'*iter* que es descriu en l'article 78 LC es manifesta per mitjà de fases successives: la transmissió d'un bé o import al cònjuge del qui serà concursat; l'adquisició pel cònjuge d'un bé a títol oneros, satisfent o compromentent com a preu el bé o l'import transmès per qui serà concursat, i, en darrer terme, la declaració de concurs. En quin d'aquests moments cal estar casat, no separat i sotmès al règim econòmic matrimonial de separació de béns? Si s'admetés que cal estar-ho en el de la declaració de concurs, es facilitaria el frau d'una manera flagrant, atès que per a desviar la presumpció només caldria als cònjuges separar-se de fet una vegada feta l'adquisició del bé sobre el qual recau la presumpció *ex article* 78.1 LC, però abans de la declaració del concurs. L'argument, creiem, també és al·legable en cas que es defensi que aquella concurrència s'ha d'apreciar en el moment de la

dita adquisició; si fos així, els cònjuges també podrien desviar la presumpció separant-se de fet una vegada transmès l'import o la quantitat de què es tracti, però abans d'adquirir el bé d'un tercer i a títol onerós. I això anterior ens porta a concloure, doncs, que aquells pressupòsits han de concórrer en el moment en què s'entén realitzada la donació dels mitjans.⁴⁴ De fet, és en aquest moment que trontolla la garantia patrimonial dels creditors, perquè és en aquest moment que s'empobreix el deutor. Aquest raonament ens fa pensar que és en aquest mateix moment que cal valorar la concurrència de tots els requisits als quals la llei supedita l'aplicació del precepte: que la donació dels mitjans s'hagi produït dins del període sospitós i que els cònjuges no es trobin separats. Una altra cosa és la dificultat d'acreditar quan s'ha produït la disposició de fons a favor del cònjuge i que, per aquesta mateixa dificultat, sembli que el legislador posa l'èmfasi en el moment de l'adquisició. Aquest és el moment del consum dels diners o recursos transferits, consum que no equival a una pèrdua patrimonial, sinó a un enriquiment en el bé adquirit. En tot cas, la conseqüència de la nostra proposta és que hom podria enervar la presumpció acreditant que la donació, feta dins del període sospitós, es va fer quan els cònjuges estaven separats, encara que l'adquisició s'hagués produït una vegada reconciliats, o acreditant que, al marge de la situació conjugal, la donació es va fer abans del temps de sospita.⁴⁵

En qualsevol cas, en la mesura en què les presumpcions *ex article 78.1 LC* impliquen, com en qualsevulla altra presumpció del tipus *iuris tantum*, traslladar sobre qui esdevé perjudicat la càrrega de provar el fet contrari al que es presumeix, defensar quelcom contrari al que s'ha dit (així, que la separació dels cònjuges en el moment de la declaració del concurs fa inaplicables les presumpcions) no vol pas dir que la contraprestació satisfeta pel cònjuge no li hagi estat

44. La doctrina que havia analitzat la qüestió a l'empara de l'article 1442 del Codi civil s'havia pronunciat, majoritàriament, favorable a exigir els requisits que s'analitzen en el moment de l'adquisició dels béns afectats per la presumpció. Vegeu la nota 21 d'aquest treball. Un argument de reforç d'aquesta postura va ser la literalitat de l'article 265 de l'Avantprojecte de llei concursal de 1983, on es deia expressament: «Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados legalmente o de hecho.» Malgrat la desaparició, en l'article 78.2 de la llei vigent, de tota referència explícita al moment de l'adquisició, aquesta continua sent la interpretació que es fa de la norma. En aquest sentit, vegeu Edorta HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, Madrid, Europa Temática, 2003, p. 389 *in fine*; Francisco MERCADAL VIDAL, comentari a l'article 78, a A. SALA, Francisco MERCADAL VIDAL i J. ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva ley concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 405; Sebastián SASTRE PAPIOL, comentari a l'article 78, a M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Madrid, Iurgium Editores, 2004, p. 423.

45. Sembla que segueix una línia d'interpretació similar Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 72.

donada pel concursat, o que aquesta circumstància no es pugui acreditar, sinó que seran els creditors els qui hauran de provar-ho, i no pas els cònjuges els qui hauran d'encarregar-se de destruir-ne la presumpció.

D'altra banda, entès el precepte com una norma de règim econòmic matrimonial i d'acord amb el que es preveu en l'article 1413 CC, també serà aplicable al concurs de la persona casada en règim econòmic matrimonial de participació (art. 1411 i seg. CC).^{46, 47}

4.2.1.2. La declaració de concurs

Des d'un punt de vista objectiu, la disposició requereix la *declaració de concurs d'un dels cònjuges* («Declarado el concurso [...]»). La menció transcrita no pot tenir altra finalitat que la de limitar l'àmbit d'aplicació del precepte a les situacions de concurs. És per això que, en un procediment executiu singular, el creditor no pot al·legar la norma a l'efecte de fer possible l'agressió dels béns adquirits pel cònjuge o d'aconseguir, d'una altra manera, la restitució de la contraprestació satisfeta, presumptament donada pel deutor. Els mecanismes d'atac seran altres: en particular, la rescissió per frau de creditors *ex* articles 1111 *in fine*, 1291.3 i 1297 CC.⁴⁸ A l'empara de l'expedient rescissori es podran atacar els actes dispositius fets pel deutor en frau de creditors; frau que, a més, es presumeix *iuris et de iure* en els actes dispositius realitzats a títol gratuït (arg. *ex* art. 1297.1 CC). En aquest context, la gratuïtat de l'adquisició serà, doncs, a diferència de l'article 78.1 LC, el fet provat, i no pas el presumpte, que en matèria de rescissió està constituït pel caràcter fraudulent de la disposició. Pel que fa als efectes de l'acte dispositiu i d'acord amb el règim general, l'exercici de l'acció

46. El fet que la presumpció s'hagi incorporat a la Llei concursal ha fet que la doctrina es qüestionés la seva condició de norma jurídica de naturalesa civil i relativa al règim econòmic matrimonial. Vegeu, esvaint dubtes, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 212.

47. El legislador sembla que no s'ha atrevit a estendre la presumpció a les parelles de fet, tal com havia proposat part de la doctrina a l'efecte d'evitar tota discriminació entre les parelles *more uxorio* i les parelles unides pel vincle matrimonial. Vegeu, en aquest sentit, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 201 i seg. A Catalunya, aquesta extensió s'ha defensat per Lluís PUIG FERRIOL, «Matrimoni-unió estable de parella: aspectes problemàtics», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (2004), p. 669-673. Vegeu també Lídia ARNAU RAVENTÓS, «Parelles de fet i declaració d'insolvència», comunicació a les XIII Jornades de Dret Civil Català a Tossa, 23 i 24 de setembre de 2004 (en premsa).

48. D'acord amb l'article 1291 CC «[s]on rescindibles: [...] 3º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba [...]»; per la seva banda, l'article 1297 CC disposa: «Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.»

rescissòria convertirà l'acte, respecte del creditor, en quelcom irrellevant, ja que conservarà la seva vigència mentre no el perjudiqui.⁴⁹ En el cas de la donació entre cònjuges, com que l'objecte donat és el preu satisfet pel donatari en una adquisició onerosa, l'obligació del donatari de devolució de les coses donades (art. 1295 CC) es convertirà en una obligació de rescabament (art. 1295.2 i 3 CC). El motiu d'aquesta conversió és que l'objecte donat (el preu) no es trobarà en el seu patrimoni, sinó en poder del tercer venedor.⁵⁰ En aquest context, la possibilitat de dirigir-se contra aquest darrer se supedita que la seva actuació hagi estat de mala fe (art. 1295.2 *in fine* i 1298 CC).

Pel que s'ha dit, doncs, l'expressió «[d]eclarado el concurso [...]» que empra l'article 78.1 LC té l'ànim de limitar l'aplicació de la norma a supòsits d'insolvència declarada; qüestió que, d'altra banda, és òbvia i resultaria evident àdhuc sense la dita expressió.^{51, 52}

Seria aplicable la presumpció en cas de declaració de concurs *d'ambdós cònjuges*? Aquest supòsit, facilitat per l'article 25.3 LC,⁵³ implica plantejar-se si la contraprestació satisfeta per la muller, procedent del patrimoni del marit, s'ha d'entendre donada per aquest, i a la inversa respecte de les contraprestacions satisfetes per aquest darrer procedents del patrimoni de l'esposa; i en el mateix sentit i a l'empara de l'article 78.1 *in fine* LC, si les contraprestacions satisfetes per cadascun dels esposos, d'origen indeterminat, s'han de presumir donades en la seva meitat per l'altre.⁵⁴ El cert és que, *a priori*, no trobem cap impediment tècnic a l'aplicació de la presumpció en cas de declaració de concurs d'ambdós

49. Vegeu Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 2002, p. 244 i seg.

50. Per a aquests supòsits i sempre que el subadquirent sigui de bona fe, la llei estableix la possibilitat de reclamar una indemnització per danys i perjudicis «al causante de la lesión», condició que la doctrina atribueix a l'adquirent i, òbviament, al deutor, que esdevindran responsables solidaris. Vegeu Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 218, i Javier ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, p. 99-102.

51. Sobre la resolució que declara el concurs, vegeu els articles 20 i 21 de la Llei concursal.

52. Vegeu, però, el que diem *infra* sobre el temps de l'adquisició en la primera presumpció *ex* article 78.1 de la Llei concursal.

53. S'hi estableix: «Declarados los concursos de ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar del juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge.»

54. C. Tortorici Pastor negava l'aplicació de l'article 1442 CC als supòsits de fallida o concurs d'ambdós cònjuges i al·legava una mena de «neutralització» dels efectes de la presumpció («En torno a la muciana moderna», p. 1205).

cònjuges. Possiblement, però, en aquests supòsits el que trontollaria seria la justificació última de la presumpció: es fa difícilment imaginable que un dels cònjuges, amb dificultats econòmiques, disposi gratuïtament a favor de l'altre per a distreure els béns de l'atac dels creditors quan el donatari es troba en el mateix estat d'insolvència actual o imminent.

4.2.2. *La presumpció principal: la presumpció de donació de tota la contraprestació satisfeta*

La primera proposició de l'article 78.1 LC recull la primera de les presumpcions enunciatedes: es presumeix que el deutor concursat «[...] 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 [...]». No sols és la primera proposició, sinó que també és la presumpció principal que estableix la norma, atès que, sols quan hom no pugui identificar l'origen de la contraprestació satisfeta amb el patrimoni del concursat, podrà regir la segona de les presumpcions, que per això mateix és subsidiària.

4.2.2.1. El fet base

a) L'adquisició de béns a títol onerós

L'adquisició de béns a títol onerós es desprèn de la mateixa literalitat del precepte (que demana «[...] la adquisición de bienes a título oneroso [...]») i de la configuració del fet presumpte, que recau sobre la contraprestació satisfeta amb motiu d'aquella adquisició. La norma, per tant, requereix l'aplicació de la cosa presumptament donada pel concursat al seu cònjuge i que, a més, aquesta inversió s'hagi fet amb motiu d'una adquisició onerosa. En darrer terme, atès que el precepte parla, en qualsevol cas, d'*adquisició a títol onerós*, sense distingir, i de *contraprestació*, i no tant de *preu* (vegeu art. 264 de l'Avantprojecte de 1983 i 79 de l'Avantprojecte de 1995), és defensable l'aplicació de la norma amb motiu de qualsevol adquisició onerosa feta pel cònjuge del concursat (així, no sols per raó d'un contracte de compravenda, sinó també per raó d'un de permuta o qualsevol altre d'onerós).

b) L'adquisició onerosa procedent d'un tercer

El bé ha de procedir d'un tercer. En aquest punt, la literalitat de l'article 78 LC ens allunya, aparentment, tant de l'article 1442 CC com dels seus precedents en

els projectes de reforma concursal, que presumien la donació del bé: a la seva empara, dèiem, tenia cabuda l'adquisició, pel cònjuge, de béns del concursat (en l'art. 1442 CC es presumia la donació de la meitat; en els art. 264 i 79 dels avantprojectes es presumia la donació del tot). Ara, però, com que la presumpció de donació recau sobre la contraprestació satisfeta en l'adquisició onerosa, es fa impossible admetre aquells supòsits en el seu àmbit d'aplicació, ja que té poc sentit presumir que el concursat va donar al seu cònjuge la contraprestació que, després, aquest li satisfarà amb motiu de l'adquisició d'un bé. La mateixa naturalesa de les coses ensenya que és poc probable que els cònjuges duguin a terme aquesta operació de doble transmissió; si de cas, el més probable és que el concursat transmeti directament el bé al seu cònjuge per mitjà d'una donació.⁵⁵

c) La procedència de la contraprestació satisfeta: el patrimoni del concursat

La contraprestació satisfeta pel cònjuge del deutor concursat ha de procedir del patrimoni d'aquest darrer. Aquesta procedència no predetermina *per se* qui és el titular dels recursos o mitjans satisfets en el moment de l'adquisició del bé. Aquesta és la qüestió sobre la qual, precisament, recaurà el fet presumpte: atès que es presumirà la donació del concursat al seu cònjuge, aquest adquirirà el bé satisfent el preu amb *recursos propis*.

La manca de prova de l'origen de la contraprestació satisfeta, com a procedent del patrimoni del concursat, provocarà, eventualment, l'aplicació de la segona de les presumpcions.

d) El temps de l'adquisició

Pel que fa a la primera de les presumpcions que estableix, l'article 78 LC no determina cap criteri temporal que supediti la seva aplicació al fet que l'adquisició s'hagi produït dins d'un període sospitós prefixat. Al contrari, pel que fa a la presumpció de donació de la meitat de la contraprestació satisfeta pel cònjuge del concursat en l'adquisició onerosa d'un bé, s'estableix expressament que cal que «[...] la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso [...]» (art. 78.1 *in fine* LC). Per la seva banda, l'article 71.1 LC assenyalava que seran rescindibles els actes perjudicials per a la massa realitzats pel deutor dins dels *dos anys anteriors* a la data de la declaració del concurs.

55. Només s'apunta aquesta qüestió a Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 116.

La referència temporal de les dites adquisicions podria trobar-se en la menció «[d]eclarado el concurso [...]» amb què s'inicia l'article 78.1 LC. Aquesta referència adquiriria aleshores un valor afegit al de la indicació òbvia que el precepte només és al·legable en procediments concursals. Es tractaria d'indicar que el precepte s'aplica a les adquisicions dutes a terme pel cònjuge del concursat *d'ençà* del concurs emprant com a contraprestació recursos procedents del patrimoni del deutor; recursos que, d'altra banda, s'haurien d'haver adquirit, necessàriament, *abans* del concurs (arg. *ex art.* 40.1 i 2 LC). L'inconvenient que presenta aquesta proposta és que, *a contrario sensu*, la presumpció no regiria en cas que l'adquisició s'hagués produït *abans* de la declaració de concurs, de manera que, com que la insolvència és imminent, el risc d'actuació fraudulenta dels cònjuges és tan present com quan es realitza la dita adquisició una vegada declarat el concurs. A més, no tindria sentit que el legislador, pel que fa al cas d'una adquisició realitzada *abans* de la declaració del concurs amb una contraprestació *injustificada*, presumís que el concursat va donar-ne la meitat al seu cònjuge (art. 78.1 *in fine* LC) i, en canvi, si es coneix que la contraprestació procedia del patrimoni del concursat, no presumís res.

En aquest context, la doctrina ha reconduït el plantejament de la qüestió cap a la resta dels terminis previstos expressament en la llei i s'ha plantejat si, en relació amb les adquisicions de la primera presumpció *ex article* 78 LC, cal aplicar per analogia el termini de l'any previst en la segona hipòtesi que preveu el precepte; si, per a no fixar-ne cap, es vol que la norma sigui aplicable amb independència del moment en què es va produir l'adquisició, o, en darrer terme, si escau aplicar subsidiàriament el termini previst en l'article 71 LC.⁵⁶

En aquest particular, no arribem a copsar cap motiu raonable que justifiqui, per al supòsit d'una contraprestació procedent del patrimoni del concursat, l'ampliació o la reducció del termini de l'any, si no fos per la major versemblança que revesteix la primera de les presumpcions establertes en l'article 78 LC en demanar, com a fet provat, la procedència dels recursos. Seria talment com si el legislador, conscient que en la segona de les presumpcions presumeix molt més que en la primera (allà, la procedència parcial dels recursos, el transmissor i el títol; aquí, només el títol i el transmissor), volgués compensar aquesta, diguem-ne, major amplitud del fet presumpte establint mesures inexistents en la primera presumpció: la primera, i més significativa, seria la de reduir la

56. Vegeu, a favor de l'aplicació del termini de l'any, Sebastián SASTRE PAPIOL, comentari a l'article 78, p. 422; Francisco MERCADAL VIDAL, comentari a l'article 78, p. 405. Contràriament, a favor de l'aplicació del termini dels dos anys, i del de quatre a l'empara de l'article 1297 CC, vegeu Edorta HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma*, p. 388, i Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 164.

presumpció només a *la meitat* del preu satisfet; la segona podria ser la de limitar-ne l'aplicació al cas de l'adquisició feta l'any anterior a la declaració del concurs. D'aquesta manera, aquest límit temporal no seria aplicable al primer supòsit. La literalitat del precepte dona suport a aquesta interpretació, atès que el termini de l'any és clar que només fa referència a la segona presumpció. A més, si el legislador hagués pretès establir un termini comú a ambdues presumpcions, ho hauria pogut fer a semblança del requisit de la no-separació dels cònjuges (art. 78.2 LC: «Las presunciones a que se refiere este artículo [...]»). Es proposa, doncs, que el termini de l'any regeixi amb independència del moment en què hom entengui adquirits els recursos (necessàriament, abans de la declaració del concurs; vegeu l'article 40 LC) o un cop realitzada l'adquisició ulterior del bé (abans o després de la declaració d'insolvència). Si de cas, seria l'acció de reintegrament de l'article 71 LC la que estaria condicionada en el temps i només legitimaria l'atac de les donacions presumptament celebrades a l'empara de l'article 78.1 LC (primera presumpció) que s'haguessin realitzat en el termini dels dos anys anteriors a la declaració del concurs. Convé remarcar que, en el marc de l'article 71 LC, té poca importància el moment en què es va produir l'adquisició i només interessa el de la presumpta donació, que és l'acte perjudicial que es pot rescindir.⁵⁷

4.2.2.2. El fet presumpte: el transmissiu i el títol adquisitiu

En la primera de les presumpcions *es presumeix que el concursat va donar al seu cònjuge els recursos esmerçats en l'adquisició del bé*. La presumpció, que és *iuris tantum* («[...] salvo prueba en contrario [...]»), es projecta sobre la naturalesa del negoci que dona raó a l'adquisició d'aquells mitjans pel cònjuge i sobre la identitat del donant. Com s'ha dit, la procedència d'aquests recursos no integra el fet presumpte, sinó que, al contrari, és una qüestió que cal acreditar prèviament per tal que hom pugui aplicar la presumpció. És per això que la prova en sentit contrari haurà de recaure no sobre la procedència dels fons —que és un fet

57. Els antecedents ens acosten, aparentment, al termini de l'any, ja que limitaven el seu àmbit d'aplicació a les adquisicions realitzades en aquest període, ja es tractés d'adquisicions de procedència injustificada, ja fos aquesta justificada (arg. ex art. 264 de l'Avantprojecte de llei de 1983: «[...] en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el período a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél [...]»). L'argument, però, no és conclouent: al marge de la desaparició, en el text definitiu, del període de retroacció, el cert és que en aquells textos no es considerava expressament la hipòtesi recollida en la primera de les presumpcions de l'article 78.1 LC.

provat—, sinó sobre la naturalesa del negoci dispositiu: així, que no va ser gratuït, sinó que va tenir una causa onerosa (préstec amb interès, una permuta...)⁵⁸

4.2.2.3. Referència als recursos no invertits

Què succeirà amb els béns procedents del patrimoni del concursat dels quals ha esdevingut titular el cònjuge, però que no ha esmerçat en una adquisició onerosa, sinó que conserva en el seu patrimoni? Què succeirà si el que ha celebrat el cònjuge és una disposició gratuïta a favor d'un tercer, d'un bé procedent del patrimoni del concursat? La literalitat de l'article 78.1 LC deixa aquests supòsits al marge del fet base que s'hi descriu. Intuïtivament, podríem qualificar el negoci dispositiu realitzat pel concursat a favor del seu cònjuge com a *negoci gratuït* i podríem sotmetre'l a la rescissió establerta en l'article 71.1 i 2 LC. La qüestió és que, per a aquests supòsits, manca, en la Llei concursal,⁵⁹ una norma que ens ajudi clarament a determinar la naturalesa gratuïta de les dites disposicions, que confirmi la nostra intuïció i que permeti l'aplicació dels preceptes esmentats. La qüestió no es anecdòtica: en els negocis dispositius realitzats a títol gratuït a favor de qualsevulla persona, incloent-hi el cònjuge, el perjudici patrimonial que legitima la rescissió es presumeix *iuris et de iure* (art. 71.2 LC). Succeeix, però, que els negocis dispositius onerosos celebrats entre cònjuges també es presumeixen perjudicials, però en aquest cas la presumpció admet la prova en sentit contrari (art. 71.3.1 LC).⁶⁰ Aquest darrer precepte esdevé, en aquest punt, especialment revelador. Si, tot i tractar-se d'un negoci oneros, se'n presumeix el

58. Si hom arribés a provar que els recursos esmerçats eren del concursat, tot i que van ser utilitzats pel cònjuge, a qui no van ser transmesos en cap cas, ni a títol gratuït, ni a títol oneros, el supòsit podria derivar cap a l'esquema del negoci representatiu. Si s'admetés, qui hauria adquirit el bé hauria estat el concursat, de manera que el bé s'integraria, sense més ni més, en la massa del concurs. Vegeu, sobre aquesta possibilitat, Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 31.

Al nostre entendre, tampoc no troben cabuda en l'article 78.1 LC els supòsits de simulació *subjectiva*. Sembla que el precepte demana, com a fet provat, l'adquisició efectiva i real pel cònjuge, de manera que resten al marge les hipòtesis d'adquisició aparent o simulada. D'altra banda, el règim que s'hi estableix (la donació de la contraprestació) no s'avé amb el règim propi del negoci simulat: a l'empara d'aquest, hom defensaria la titularitat del concursat sobre el bé adquirit i la seva integració immediata en la massa del concurs.

59. Com es veurà, en el dret civil català, l'article 11 CF assumeix la funció de la qual parlem en el text.

60. En l'Avantprojecte de 1983 es desconeixia una norma amb un contingut semblant al que es comenta. El legislador, pel que fa a les accions de reintegració de la massa (art. 185 i seg.) pretenia recórrer a les categories de nul·litat i anul·labilitat. Així, declarava nuls els actes de disposició a títol

caràcter perjudicial, és perquè, en definitiva, es discuteix la seva onerositat entesa com a intercanvi respectuós amb el principi d'equivalència de les prestacions. L'acte dispositiu, doncs, serà jurídicament qualificat de *perjudicial* si l'onerositat és simulada o si l'equivalència de les prestacions apareix com a merament

gratuït realitzats pel deutor en el període de retroacció, llevat els regals de costums i les donacions remuneratòries. Per la seva banda, l'article 189 sancionava amb l'anul·labilitat els actes realitzats pel deutor dins del període de retroacció que fossin fraudulents; el frau es presumia en els actes que s'esmentaven en l'article 190 (els pagaments anticipats d'obligacions no vençudes; els actes extintius d'obligacions vençudes realitzats per mitjà d'una contraprestació diferent a la pactada; els actes de constitució o d'ampliació de drets reals com a garantia d'obligacions preexistents no vençudes; els actes de reconeixement de deutes corresponents a operacions on no hagi intervingut cap fedatari públic; les vendes d'efectes o mercaderies per un preu inferior al de la seva compra; les acceptacions de requeriments resolutoris de contractes). D'altra banda, l'article 192 declarava l'anul·labilitat dels actes de disposició a títol onerosos realitzats dins del període de retroacció, quan la contraprestació a favor del concursat no arribés a la meitat del valor de mercat dels béns, llevat que hom provés l'absència de perjudici efectiu per als creditors en cas de manteniment de l'eficàcia de les operacions. Vegeu «Estudios sobre el Anteproyecto de ley concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (1985), p. 321 i 322.

En l'Avantprojecte de 1995, mentre que l'article 91 declarava la revocabilitat dels actes de disposició gratuïts realitzats pel deutor dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs, l'article 92 tractava, *in genere*, dels «actes perjudicials» i ho feia de la manera següent: en primer lloc, establint la revocabilitat dels actes realitzats pel deutor dins de l'any anterior a la declaració del concurs que fossin perjudicials per als creditors encara que l'altra part no tingués coneixement de l'estat d'insolvència del deutor (art. 92.1); en segon lloc, establint la revocabilitat dels actes perjudicials per als creditors realitzats amb anterioritat al període de l'any sempre que l'altra part tingués coneixement, o hagués hagut de tenir-ne, de l'estat d'insolvència del deutor (art. 92.2); en tercer lloc, presumint aquest coneixement quan la contrapart fos una persona relacionada d'una manera especial amb el deutor. En aquest sentit, segons l'article 127.1.1, calia entendre que el cònjuge, o qui ho hagués estat dins dels dos anys anteriors a la declaració, era una persona relacionada d'una manera especial amb el deutor persona física. Vegeu Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, *El Anteproyecto de ley concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995)*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1997, p. 286-300.

En l'Avantprojecte de 2001, l'article 70 establia la rescindibilitat dels actes perjudicials per a la massa realitzats pel deutor dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs, i l'article següent presumia el dit perjudici *sense admetre cap prova en sentit contrari*, entre altres, en els actes de disposició a títol onerosos realitzats a favor d'alguna de les persones relacionades d'una manera especial amb el concursat (vegeu art. 92.1). Vegeu el text de l'Avantprojecte a Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA i Juana PULGAR EZQUERRA (dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto*, p. 392. Vegeu, comentant la novetat que representa el precepte, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 171.

Vegeu, sobre el text vigent, F. CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, Elcano, Aranzadi, 2003, p. 142; Edorta HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma*, p. 367; Guillermo RIPOLL OLAZABAL, comentari a l'article 71, a Miquel Àngel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico*, p. 380; Marta VILA FLORENSA, comentari a l'article 71, a A. SALA, Francisco MERCADAL VIDAL i J. ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva ley concursal*, p. 371 *in fine*.

formal o funcional (arg. *ex art.* 1274 CC), però no és quantitativa. També hom pot apreciar perjudici si, tot i respectar-se l'onerositat i l'equivalència, se sospita que les condicions a què s'han sotmès les prestacions degudes poden afavorir i perjudicar, respectivament, una i altra parts (per exemple, perquè, havent el venedor de lliurar la cosa immediatament, el pagament del preu s'ajorna sense interessos).⁶¹ És, però, el primer motiu del presumpte perjudici el que ens interessa, ja que posar en dubte l'onerositat del negoci *quasi* equival a presumir-ne la gratuïtat, total o en part. L'equiparació s'apreciaria en relació amb la *càrrega de la prova* i el *contingut de la prova en sentit contrari*: en ambdós casos, la càrrega de la prova recau sobre els cònjuges, que són els que han d'acreditar l'onerositat del negoci.⁶² Si aquesta interpretació fos correcta, hom podria arribar a concloure que l'article 71.3.1 LC *inclou parcialment* una presumpció *iuris tantum* de donació aplicable a qualsevol negoci dispositiu celebrat entre cònjuges. Aquesta parcialitat afectaria el vessant més processal de la institució, de manera que en quedaria al marge l'aspecte material. Però, tot i així, ja és prou significativa per a justificar que, en la Llei concursal, els actes dispositius que se celebren entre cònjuges, per bé que expressament no es presumeixen gratuïts, són tractats com si la dita presumpció fos establerta.

Un major atreviment pot representar pretendre resoldre la qüestió deduint, de la primera de les presumpcions establertes en l'article 78.1 LC, una norma de contractació entre cònjuges. Com es veurà, hi són fets provats: primer, l'adquisició onerosa pel cònjuge d'un bé procedent d'un tercer; segon, la procedència de la contraprestació, que és el *patrimoni del concursat*. Com que es presumeix la donació dels dits recursos, la norma es fixa en el seu traspàs del patrimoni d'un dels cònjuges al patrimoni de l'altre i defineix, de manera presumpta, la naturalesa gratuïta del títol adquisitiu. Es proposa estendre aquest raonament a tota adquisició entre cònjuges, amb independència de la conversió eventual i ulterior del bé adquirit en mitjà d'adquisició d'altres. De fet, el supòsit que recull la norma seria *extrem*: si fins i tot quan el cònjuge no concursat adquireix un bé d'un tercer a títol oneros es presumeix realitzada una donació pel concursat envers l'adquirent, amb més motiu es justifica la presumpció en casos no extrems; per exemple, quan s'acredita que s'ha produït una disposició del concursat envers

61. Vegeu, en un sentit aproximat al que s'exposa en el text, Guillermo ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», a Rafael GARCÍA VILLAVARDE (dir.), *Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid, Dilex, 2003, p. 337.

62. L'equiparació no pot anar més enllà fins a deduir-ne els efectes materials. Així, de la presumpció de perjudici no es pot desprendre una presumpció de donació i a partir d'aquí aplicar el règim jurídic substantiu de la donació.

el seu cònjuge amb independència de la destinació ulterior del que s'ha adquirit.

Si s'admetés aquesta presumpció, el cert és que, atenent el dret vigent, no es perjudicaria ni es gravaria els cònjuges amb res: si s'escaigués, haurien de provar que el negoci va ser oneros. Succeeix, però, que sense aquesta presumpció i davant de l'al·legació interessada dels cònjuges que es tractava d'una disposició onerosa, aquests també hauran d'acreditar que no va ser perjudicial per a la massa (art. 71.3.1 LC). En qualsevol cas, doncs, aquesta regulació trasllueix la desconfiança de l'ordenament i són els cònjuges els qui han (o haurien) d'acreditar la innocuïtat de l'acte dispositiu.

A part d'això, constatar, com s'ha fet, que la primera de les presumpcions establertes en l'article 78.1 LC demana acreditar, com a fets provats, no només que el cònjuge va adquirir d'un tercer, sinó que, a més, hi va haver un traspass de fons previ del concursat a favor d'aquell («[...] cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado [...]»), explica que en les línies precedents s'hagi assenyalat que només «aparentment» l'article 78.1 LC no permet l'adquisició de béns entre cònjuges; de fet, però, sempre hi ha present una adquisició: la dels diners o béns que s'hauran emprat com a mitjans en l'adquisició ulterior.

Pertoca concloure que, des del moment en què la presumpció de donació recau sobre el mateix objecte que, amb certesa o una probabilitat alta, procedeix del patrimoni del concursat, i no pas sobre el bé adquirit a títol oneros de què parla l'article 78.1 LC, té poc sentit limitar l'aplicació de la norma als supòsits en què el cònjuge fa ús de la cosa presumptament donada per a adquirir-ne onerosament una altra.^{63, 64, 65}

63. És possible que la norma s'hagi fet ressò del parer d'un ampli sector doctrinal que considera, al nostre entendre d'una manera més que discutible, que fins que no es produeix el pagament efectiu del preu al tercer hom no pot considerar que hi ha un empobriment del concursat. Aquesta opinió es posa de manifest sobretot quan es procedeix, a l'empara de l'article 1442 CC, a l'anàlisi de supòsits d'adquisició de béns amb preu ajornat. Així, es considera que, a l'efecte de l'aplicació del precepte, cal que el pagament es faci dins del període sospitós, amb independència del moment en què hom consideri produïda l'adquisició. Des d'aquesta perspectiva, sembla lògic que l'article 78.1 LC limiti el seu àmbit d'aplicació a les adquisicions oneroses amb un tercer i que la presumpció recaigui sobre la «contraprestación *satisfecha*».

64. La redacció de l'article 264 de l'Avantprojecte de 1983 i de l'article 79.1 del de 1995 tampoc no donava una resposta expressa a la qüestió que es planteja en el text. Es presumien donats pel concursat els béns adquirits pel cònjuge la procedència dels quals no es podia arribar a justificar (primera presumpció). *A fortiori* podria hom entendre que, tractant-se de béns procedents del patrimoni del concursat, amb més raó i fonament caldria aplicar la presumpció de donació? En aquest context, la simple al·legació i prova de la naturalesa onerosa del negoci no hauria estat suficient; al contrari, els cònjuges haurien hagut de provar la procedència del preu que teòricament es va satisfer al concursat.

65. Des del punt de vista fiscal, sí que sembla que la qüestió està solucionada amb l'establiment d'una presumpció *iuris tantum* de donació. D'acord amb l'article 4 de la Llei 29/1987, de 18 de

4.2.3. *La presumpció subsidiària: la presumpció de donació de la meitat de la contraprestació satisfeta*

La segona proposició de l'article 78.1 LC estableix: «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.»

A més de subsidiària respecte de la primera presumpció, aquesta segona proposició resta supeditada al fet que l'adquisició del bé s'hagi produït en el període sospitós. Per tant, la presumpció no regirà sempre que s'hagi aconseguit acreditar l'adquisició onerosa d'un tercer però no la procedència de la contraprestació; al fet base s'afegeix la temporalitat de l'adquisició.

4.2.3.1. El fet base: adquisició onerosa procedent d'un tercer realitzada en el període sospitós

El fet provat o indiciari de la segona presumpció coincideix *parcialment* amb el de la presumpció establerta en primer terme: respecte d'aquest, cal acreditar l'adquisició onerosa duta a terme pel cònjuge del concursat i, a més, que aquesta va ser realitzada dins l'any anterior a la declaració del concurs.

La Llei fixa expressament el termini de l'any com a referent de les adquisicions realitzades amb una contraprestació de procedència injustificada (art. 78.1 LC *in fine*). De la literalitat del precepte es dedueix, doncs, que només quan l'adquisició onerosa es va realitzar dins del termini de l'any anterior a la declaració del concurs, hom pot presumir donada la contraprestació. Impediria l'aplicació de la presumpció la prova del lliurament dels recursos, del concursat al seu cònjuge, abans d'aquell període?⁶⁶ Suposant que l'adquisició del bé s'hagués verificat l'any anterior a la declaració, la dicció literal de la norma inclouria el

desembre, sobre l'impost sobre successions i donacions, modificat per l'article 4.1 de la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre fiscal, «[s]e presumirá la existencia de una transmisión lucrativa cuando de los registros fiscales o de los datos que obren en la Administración resulte la disminución del patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad, pero siempre dentro del plazo de prescripción del artículo 25, el incremento patrimonial correspondiente en el cónyuge, descendiente, herederos o legatarios [...]».

66. Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 71-72, entén que aquesta prova tindria força enervadora de la presumpció establerta en l'article 1442 CC.

supòsit, atès que el que té en compte és el moment de l'adquisició del bé, no pas el de l'adquisició dels mitjans. Aquesta opció equivaldria a assenyalar que *no cal que la donació s'hagi produït dins del període sospitós*, sinó que és suficient que dins d'aquest període s'hagi verificat l'adquisició. L'alternativa seria defensar que és en el dit període que cal que s'hagi produït la transmissió del patrimoni d'un cònjuge a un altre, ja que, realitzada en un temps tan pròxim a la declaració de concurs, és probable que sigui fraudulenta. Aquesta constatació és rellevant sobretot per al cònjuge, que, si escau, pot acreditar que els mitjans esmerçats li van ser lliurats per l'altre cònjuge abans del termini de l'any. Succeeix, però, que si s'acredita aquest aspecte es cau de ple en la primera de les presumpcions establertes en l'article 78.1 LC, que demana, com és sabut, que la contraprestació procedeixi del patrimoni del concursat. Si aquest lliurament es va produir dins dels dos anys anteriors a la declaració, es podria recórrer a l'acció de reintegrament de l'article 71 LC; si va ser anterior en el temps, els creditors podrien, si de cas, optar per la rescissió per frau (art. 1297 CC). En aquest cas, però, haurien de provar la naturalesa gratuïta de la disposició, que no es presumirà.⁶⁷

D'altra banda, el reintegrament eventual a la massa del concurs, de les contraprestacions satisfetes pel cònjuge del concursat en el marc d'un contracte oneros celebrat temps abans de l'any que estableix l'article 78.1 LC però dintre dels dos anys que estableix l'article 71 LC, sense una declaració expressa que provenen del concursat, dependrà de la perícia de l'administració concursal a l'hora d'acreditar que aquelles van ser donades pel concursat (arg. ex art. 72.1 LC).

4.2.3.2. El fet presumpte: el transmissiu, el títol adquisitiu i l'origen de la contraprestació

En cas que no es provi la procedència de l'import o la contraprestació satisfeta, *es presumirà la donació de la seva meitat*, del concursat al cònjuge adquirent. Si hom compara el fet presumpte amb l'establert en primer terme, podrà apreciar que en aquest darrer supòsit es presumeixen tres circumstàncies: la procedència de la meitat dels recursos, la naturalesa del títol en virtut del qual el

67. L'apartat sisè de l'article 71 LC disposa: «El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.»

cònjuge va esdevenir titular d'aquests i la identitat del transmissor. Així, es presumeix que la dita meitat procedia del patrimoni del concursat i que aquest la va transmetre al seu cònjuge per mitjà d'una donació. L'element distintiu entre el fet presumpte d'ambdues presumpcions es concreta en la procedència de la contraprestació satisfeta, que en la primera presumpció s'integrava en el fet base i ara forma part del fet presumpte.

En aquest supòsit, la prova en sentit contrari haurà de recaure necessàriament sobre l'origen de la integritat dels recursos, de manera que s'haurà d'acreditar positivament que van esdevenir propis per altres mecanismes que no són la disposició gratuïta del concursat (per exemple, perquè van ser adquirits com a rendiments del treball, perquè van ser atribuïts per un tercer...). En aquest context, una prova eventual de la naturalesa onerosa del negoci dispositiu del concursat envers el seu cònjuge no tindria cap mena de sentit, perquè pressuposaria l'acreditació prèvia de la procedència de la contraprestació, i això, a diferència de la primera de les presumpcions, és precisament el que no s'ha provat i el que dóna sentit i permet aplicar la segona presumpció. En la mateixa línia, tampoc no seria viable intentar acreditar que la donació va ser de *més o menys* de la meitat de la contraprestació satisfeta. Aquest intent reclamaria provar que el percentatge que es diu donat procedia del patrimoni del concursat (altrament, ningú no pot donar allò que no té), i, per tant, ens acostaríem a la primera de les hipòtesis previstes en l'article 78.1 LC i ens allunyaríem de la segona, que regiria només respecte d'aquella part o porció de la contraprestació de la qual no s'esbrinés l'origen.

A l'efecte d'acreditar que els recursos esmerçats no procedien d'una donació del concursat, cal valorar la virtualitat de la prova de la capacitat econòmica del cònjuge. Aquesta circumstància apareixia expressament en els avantprojectes de 1983 i 1995 i ho feia amb la rellevant funció d'excusar el cònjuge del concursat de la prova de l'origen o la procedència de la contraprestació satisfeta en l'adquisició onerosa del bé («[...] 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»). La desaparició d'aquest incís en el text definitiu sembla que dóna suport als qui demanen, com a prova en sentit contrari, la de inversió efectiva.⁶⁸

68. Aquesta és l'opinió de Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 186 i seg. Aquesta autora considera que l'existència de recursos propis no exclou el frau. Vegeu també sobre aquest particular Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 73 i 74.

4.2.4. *Les presumpcions «en benefici de la massa»*

Segons l'article 78.1 LC, les presumpcions de donacions s'estableixen sempre «[...] en benefici de la masa [...]». Com ja s'ha anticipat, aquesta expressió adquireix sentit a l'empara de l'article 71 del mateix text, que disciplina les anomenades *accions de reintegració*.⁶⁹ D'acord amb el que es diu en aquest article, el perjudici patrimonial que permet la rescissió de l'acte (art. 71.1 LC) es presumeix *iuris et de iure* quan es tracta d'actes de disposició a títol gratuït (art. 71.2 LC).⁷⁰ De la lectura conjunta d'ambdós preceptes se segueix una doble presumpció: els recursos als quals fa referència l'article 78.1 LC es presumeixen donats, en els termes que estableix aquest precepte, del concursat al seu cònjuge; aquest negoci dispositiu i amb causa gratuïta es presumeix perjudicial per a la massa i, en conseqüència, és rescindible i els dits imports són reintegrables a la massa del concurs. Aquest efecte es podrà evitar no pas acreditant el caràcter no perjudicial del negoci gratuït (prova, d'altra banda, impossible per l'efecte automàtic empobriment del donant - enriquiment del donatari), sinó trencant la presumpció de gratuïtat. És aquesta la que admet la prova en sentit contrari i no la de perjudici, associada amb un negoci gratuït.

69. Vegeu, entre altres, sobre aquesta relació, Encarna ROCA TRIAS, «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 (2004), p. 1096; Elena RODRÍGUEZ PINEAU, «Bienes del cónyuge y acciones de reintegración a la masa en el concurso internacional», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1 (2004), p. 231.

70. La doctrina no es manifesta de manera unànime a l'hora de pronunciar-se sobre la naturalesa jurídica de l'acció de rescissió prevista en els articles 71 i següents LC. Parlen, sense més ni més, d'acció rescissòria, F. CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, p. 142, i Marta VILA FLORENSA, comentari a l'article 71, p. 370. Defensen que es tracta d'un supòsit de rescissió per lesió, atès que l'article 71.1 LC declara la rescindibilitat dels actes perjudicials «aunque no hubiera existido intención fraudulenta», Edorta HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma*, p. 361-364; Cesáreo DURO VENTURA, comentari a l'article 71, a Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, 2004, p. 628 i seg.; Guillermo RIPOLL OLAZÁBAL, comentari a l'article 71, p. 378; Jaime MAIRATA LAVIÑA, «Los efectos del concurso en la Ley concursal», a Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA i Juana PULGAR EZQUERRA (dir.), *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 320 i seg. Hi ha qui parla d'una acció de rescissió per frau «objectivada», atès que preval el perjudici sobre la intenció fraudulenta. Vegeu Guillermo ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico», p. 333. Aquest autor assenyala que el fet de configurar-se com un mecanisme de protecció dels creditors, i no pas de la contrapart presumptament lesionada, allunya l'acció de l'article 71 LC de la rescissió per lesió i l'acosta a la rescissió per frau, amb la particularitat que s'hi donaria cabuda als actes onerosos realitzats sense mala fe. En darrer terme, hi ha qui defensa la substantivitat pròpia de l'acció rescissòria concursal: Ignacio SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4 (2004), p. 153-184.

La rescissió, assenyala l'article 73.1 LC, determinarà la ineficàcia del negoci impugnats i l'obligació de restituir les prestacions que van ser el seu objecte, amb els seus fruits i interessos. Aquesta obligació, quan es tracti de la rescissió d'un negoci gratuït, anirà a càrrec del donatari, contra qui necessàriament s'haurà dirigit també la demanda (art. 72.2 LC).⁷¹ El supòsit de fet que descriu l'article 78.1 LC fa pràcticament impossible que aquest pugui retornar el *mateix* objecte donat, perquè s'ha invertit en una adquisició onerosa i, en conseqüència, ja no es troba en el patrimoni del cònjuge donatari. La hipòtesi està considerada expressament en la Llei; així, es preveu tant la possibilitat de reclamar la cosa al tercer subadquirent fent decaure els pressupòsits d'irreivindicabilitat de la cosa (art. 72.2 LC *in fine*), com, si aquesta és irreivindicable, la d'exigir al donatari el lliurament del valor de la cosa incrementat amb l'interès legal. Pel que fa al cas que s'hagi actuat de mala fe, es podrà afegir a aquesta quantitat una indemnització pels danys causats a la massa activa (art. 73.2 *in fine* LC).⁷²

Si la presumpció de donació recau sobre un objecte no fungible, les regles exposades tindran plena aplicació. Si es tracta de diners, sembla que la resolució del supòsit s'ha de matisar per raó de la fungibilitat de l'objecte donat. Adme-

71. L'article 72.2 LC assenyala: «Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.»

El precepte estableix un litisconsorci passiu necessari, atès que la demanda de rescissió haurà de dirigir-se contra el concursat, contra qui hagi intervingut en el negoci i, si escau, contra el tercer subadquirent. Interessa assenyalar que la irreivindicabilitat de la cosa només és al·legable per aquest darrer, que pot emparar-se en la protecció registral (art. 34 de la Llei hipotecària) o en la que proporciona la possessió de béns mobles adquirida de bona fe *ex* article 464 CC (vegeu, sobre l'aplicació d'aquest darrer precepte a Catalunya, Santiago ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de libro V del Código civil de Catalunya», ponència presentada al Segon Congrés de Dret Civil Català: el Codi Civil de Catalunya, *La Notaria*, novembre-desembre 2003, p. 13-27; Santiago ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 Cc en Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2004).

D'altra banda, l'acció ha de dirigir-se necessàriament contra qui hagi celebrat el negoci amb el deutor, amb independència de la seva bona o mala fe, enteses, respectivament, com a desconeixement o coeixement de la naturalesa fraudulenta de l'acte (art. 71.1 *in fine* LC).

72. L'article 73.2 diu: «Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase la mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.»

sa, com a hipòtesi, la bona fe del tercer adquirent, serà el cònjuge donatari qui haurà de retornar una quantitat equivalent al valor real que tenien els diners quan li van ser donats pel concursat, incrementat amb l'interès legal. Si va procedir de mala fe, se li pot exigir també una indemnització per la totalitat dels danys i perjudicis causats a la massa activa.

4.2.5. *A mode de conclusió: l'article 78.1 de la Llei concursal i la derogació de l'article 1442 del Codi civil, són regulacions diferents per a un mateix supòsit de fet?*

L'article 78.1 i 2 LC deroga l'article 1442 CC?⁷³ A manca d'una derogació expressa, la vigència d'aquesta darrera disposició se supedita a la compatibilitat dels continguts d'una i altra disposicions. Sembla, però, que les diferències de règim jurídic que s'hi aprecien, referents a un mateix supòsit de fet, descarten aquesta pervivència qüestionada.

Facilita l'anàlisi de la qüestió distingir entre adquisicions procedents d'un tercer i adquisicions procedents del mateix concursat.

4.2.5.1. Adquisicions procedents d'un tercer

L'article 1442 CC estableix, o establia, la presumpció de donació de la meitat dels béns adquirits pel cònjuge del concursat a títol oneros i dins del període sospitos. La interpretació correctora que la doctrina majoritària proposava del dit precepte quan es tractava de l'adquisició d'un bé procedent d'un tercer, era presumir donada la meitat de la contraprestació i reconèixer que el precepte optava per projectar la presumpció sobre el bé adquirit. El supòsit, adquisició onerosa d'un tercer, és precisament el previst en l'article 78.1 LC, per bé que a la seva empara el fet presumpte varia segons quina sigui la procedència de la contraprestació: si prové del patrimoni del concursat, es presumeix donada en la seva integritat; si el seu origen és injustificat, es presumeix donada només en la seva meitat. D'altra banda, en l'article 1442 CC la presumpció era de donació del bé, mentre que en l'article 78.1 LC es projecta sobre la contraprestació satisfeta. Aquesta modificació en l'objecte presumptament donat, repercuteix, òbviament,

73. F. Mercadal Vidal així ho creu (comentari a l'article 78, p. 405). Amb motiu del comentari de l'Avantprojecte de llei concursal de 1995, Gonzalo Aguilera Anegón es manifestava partidari de modificar l'article 1442 CC i d'introduir en la Llei concursal una norma que remetés a aquest.

en l'articulació de l'acció rescissòria corresponent, que tindrà per objecte el reintegrament, no del bé adquirit, sinó del valor actualitzat dels recursos satisfets.

Al nostre entendre, valorar la incompatibilitat o la compatibilitat de règims per al supòsit descrit implica, en primer terme, constatar que l'article 1442 CC només tenia sentit en el context de les adquisicions fetes de transmissent desconegut amb una contraprestació d'origen injustificat, i, en segon terme, analitzar què succeïa si constava als creditors, i ho podien provar, que tota la contraprestació satisfeta, i no només la meitat, procedia del patrimoni del concursat. Pel que fa a la primera qüestió, el cert és que tota prova acreditativa d'una procedència diferent a la presumida feia inaplicable el precepte. L'èxit de la seva alegació només es podia garantir quan el cònjuge no podia donar cap explicació sobre els recursos esmerçats. Es reduïa, per tant, a supòsits de contraprestació d'origen injustificat, a semblança de la segona de les presumpcions *ex* article 78.1 LC. A part d'això, ambdues normes establirien un règim *quasi* idèntic: presumpció de donació de la meitat del bé (art. 1442 CC) o presumpció de donació de la meitat de la contraprestació (art. 78.1 *in fine* LC).⁷⁴

Podria hom pretendre, a l'empara de l'article 1442 CC, presumir donada tota la contraprestació satisfeta (i, per tant, la integritat del bé adquirit) en cas que s'acredités que tota ella provenia del patrimoni del concursat? Una resposta afirmativa ens duria, en aquest punt, a llegir l'article 78.1 LC en termes d' aclariment del que es preveu en l'article 1442 CC. Al nostre entendre, però, aquesta resposta no és possible. La raó de fons és que és consensuada la cabuda de les *adquisicions procedents directament del concursat* en l'article 1442 CC; per a aquest supòsit, es presumeix també només la donació de la *meitat*, de manera que integra el fet base que *tot* el bé prové del concursat. En aquest context, no tindria cap mena de sentit alterar el criteri establert per la llei i presumir la donació de *tot* el bé quan allò que es va adquirir s'ha invertit en l'adquisició d'un altre bé procedent d'un tercer.

4.2.5.2. Adquisicions procedents del cònjuge concursat

Precisament, és també en el punt relatiu a les adquisicions procedents directament del concursat que els preceptes que estan en procés d'estudi divergeixen. En el marc de l'article 1442 CC, la seva literalitat ha permès aplicar la presumpció en els dits supòsits, de manera que s'ha justificat per mitjà de la doctrina

74. Vegeu, sobre aquesta coincidència parcial, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 164-165.

el règim previst de manera diversa.⁷⁵ I és que la referència als «béns» com a objecte presumptament donat feia possible distingir, com feien els autors, entre els béns adquirits d'un tercer i els béns adquirits del cònjuge concursat.

Tal com s'ha deixat dit, l'article 78.1 LC no és aplicable a les dites adquisicions. Fa difícil la seva extensió a aquests supòsits la menció a la «contraprestació satisfeta» com a objecte sobre el qual recau la presumpció. És inversemblant que el concursat doni al seu cònjuge els recursos que després li seran retornats en concepte de contraprestació per l'adquisició d'un bé. Sembla, per contra, que l'article 78.1 LC redueix el seu àmbit d'aplicació a les adquisicions oneroses procedents d'un tercer. Només fent ús de l'abstracció, hom podria identificar en la primera presumpció de l'article 78.1 LC una regla susceptible d'aplicar-se per analogia a qualsevol disposició de béns d'un cònjuge a favor de l'altre, en la qual es presumiria la donació del tot. Aquest principi, a més, permetria donar resposta a un supòsit de disposició entre cònjuges que, en el marc de l'article 1442 CC, es trobava buit de regulació: el de l'adquisició entre cònjuges sense títol oneros justificat o justificable (art. 1442 CC: «[...] 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 [...]).

Al nostre entendre, la manca de derogació expressa de l'article 1442 CC i la dificultat d'encaixar en l'article 78.1 LC hipòtesis que, per contra, sí que tenien cabuda en l'article 1442 CC, fan pensar que la successió normativa ha estat mal resolta.^{76, 77}

75. Així, hi ha qui parlava de simulació parcial i hi ha qui optava pel *negotium mixtum cum donatione*. Vegeu *supra*.

76. Part de la doctrina (vegeu, per tots, María Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Responsabilidad patrimonial*, p. 362 i seg.) titlla l'article 1442 CC de mancat de sistemàtica, atès que, en establir una presumpció de donació dels «béns» adquirits, forçosament està pensant, *només*, en les adquisicions procedents del cònjuge concursat, i deixa de banda les procedents d'un tercer. Així, es diria, el concursat només pot donar els béns que ell mateix transmet, però en cap cas els que està transmetent un tercer.

Aquesta lectura de l'article 1442 CC faria viable la seva pervivència després de l'entrada en vigor de la Llei concursal. El dit precepte s'aplicaria a les adquisicions oneroses procedents del concursat, i l'article 78.1 LC, a les procedents d'un tercer.

77. La doctrina que va comentar l'Avantprojecte de Llei concursal de 2001, que s'expressava en els mateixos termes que la llei finalment aprovada, va ser explícita a l'hora de demanar major claredat en el text definitiu i la derogació expressa de l'article 1442 CC. Vegeu, per tots, Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones», p. 165.

5. LA PRESUMPCIÓ DE DONACIONS EN EL DRET CIVIL CATALÀ

La presumció de donacions entre cònjuges regeix també l'àmbit del dret civil català. De fet, l'article 23 de la Compilació del dret civil de Catalunya (Llei 40/1960, de 21 de juliol) va ser l'únic exponent, a l'Estat espanyol, de la presumció muciana tradicional. Les successives modificacions del dret propi han variat aquella configuració inicial de la presumció i, com a conseqüència, han portat la doctrina a reorientar el discurs sobre la seva justificació.

Avui regeix l'article 12 del Codi de família (CF) (Llei 9/1998, de 15 de juliol). I regeix no de manera aïllada, com l'article 1442 CC, sinó juntament amb altres normes sobre contractació entre cònjuges i adquisicions oneroses, que predeterminen amb més exactitud el supòsit de fet al qual és aplicable la presumció.

La qüestió competencial ha de ser analitzada també en aquest punt. No sembla que l'article 78.1 i 2 LC pugui desplaçar, a Catalunya, la vigència de l'article 12 CF, que regeix, precisament, en supòsits d'insolvència. Una altra cosa és l'oportunitat que brinda l'article 78.1 i 2 LC per a dur a terme, a l'empara del règim que estableix, una anàlisi comparativa entre aquest règim i el previst en l'ordenament català.

5.1. EVOLUCIÓ DE LA PRESUMPCIÓ DE DONACIONS EN L'ORDENAMENT CATALÀ: DE L'ARTICLE 23 DE LA COMPILACIÓ (LLEI 40/1960, DE 21 DE JULIOL) A L'ARTICLE 12 DEL CODI DE FAMÍLIA

Sens dubte, la reforma duta a terme per la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, esdevé la fita més rellevant en aquesta línia evolutiva. D'ençà d'aleshores, en el dret català va deixar de regir la presumció muciana tradicional i es va donar pas a un expedient de protecció dels creditors.

5.1.1. *La «presumció muciana» a la Compilació del dret civil de Catalunya (Llei 40/1960, de 21 de juliol)*

L'article 23 de la Compilació va recollir la presumció muciana genuïna. S'ubicava en el capítol III («De les donacions entre cònjuges») del títol III («Del règim econòmic conjugal») del seu llibre I («De la família»). S'hi establia, fonamentalment, que els béns adquirits per la muller mentre va durar el matrimoni, es presumien donats pel marit si no se'n podia justificar una altra procedència; si la muller jus-

tificava l'adquisició però no l'origen del preu, aleshores el que es presumia donat era aquest preu. En darrer terme, el precepte declarava aplicables al supòsit les normes establertes a la Compilació en matèria de donacions entre cònjuges.⁷⁸

L'article 23 CDCC establia, de fet, dues presumpcions, de manera que l'e-nervació de la primera podia conduir a l'aplicació de la segona. En la primera es demanava com a fet provat l'adquisició de béns per la muller mentre va durar el matrimoni i es presumia que la dita adquisició va ser per donació del seu marit. El fet presumpte, doncs, *especificava* el fet base. Atès que la presumció només regia quan la muller no podia justificar l'adquisició, la doctrina de seguida va alertar de l'absurditat que representava incorporar al fet provat el mateix contingut de la prova en sentit contrari; dit d'una altra manera, si per a aplicar la disposició calia justificar l'adquisició, com era possible que, alhora, la muller no ho pogués fer? És per això que part de la doctrina va proposar corregir la dicció legal llegint «béns adquirits» per «béns posseïts». Aquesta lectura permetia presumir donats pel marit els béns posseïts per la muller, mentre va durar el matrimoni, la procedència dels quals no es podia justificar.⁷⁹

78. Per als antecedents, vegeu Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 31 i seg. Podeu consultar també Manuel DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 74 («[...] La prueba de la cualidad de estos bienes corresponde á la mujer ó á sus herederos; y respecto á los adquiridos durante el matrimonio, si no se justifica cumplidamente su procedencia, se presume por la ley que provienen de liberalidad del marido; fundándose esta presunción, que se conoce en las Escuelas con el nombre de Muciana, en que “verius et honestius est quod non demonstratur, unde habeat existimari, á viro aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse”. Esta presunción debe ser de derecho común, por la razón de moralidad y buena fé en que se apoya [...]») i p. 94 (art. XCIX: «Los bienes adquiridos por la mujer durante su matrimonio, se suponen donados por el marido, si no se justifica plenamente que los mismos o su precio tienen otra procedencia»).

D'altra banda, en l'article 38 del Projecte redactat el 1955 per la Comissió de Juristes i que va servir de base a l'article 23 de la Compilació, es deia: «Los bienes adquiridos por la mujer, incluso el dinero, y demás bienes invertidos en la adquisición de otros, se presumirá que le provienen de donación del marido, si no justifica de quién los adquirió. Esta donación se rige por los artículos precedentes. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio del derecho del marido sobre los bienes que por simulación o fiducia siguen a nombre de la mujer» (vegeu *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 783). Vegeu també Ramon FAUS i F. de A. CONDOMINES, *Comentarios a la Compilación de dret civil de Catalunya*, edició facsímil de la primera amb annexos, Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya, i Madrid, Marcial Pons, 2003, col·l. «La Notaria», núm. 2, p. 63-64.

79. L'artífex d'aquesta interpretació va ser Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 94-95. Una opinió diferent va ser defensada per Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 216-217. Aquest autor sembla que explica el supòsit a partir de la confessió de la muller d'haver adquirit uns béns, però de manera que no pot provar la dita adquisició. El precepte presumia, aleshores, que li van ser donats pel marit.

La segona de les presumpcions regia quan es justificava la procedència de l'adquisició acreditant la celebració d'un negoci onerós amb un tercer. Si no es provava l'origen del diner esmerçat, es presumia que havia estat donat a la muller pel seu marit. Aquest segon supòsit va ser titllat d'innecessari perquè tenia cabuda en la primera de les presumpcions, que era aplicable a qualsevol bé adquirit per la muller, àdhuc el diner,⁸⁰ i això, amb independència de l'ús que després se'n pogués fer. Amb tot, es va justificar l'oportunitat de la previsió legal en un intent de deixar clar que, si es tractava de diners esmerçats en l'adquisició d'un bé, la presumpció requeia sobre aquells, i no sobre aquest darrer.^{81, 82}

A qui afavoria la presumpció? D'acord amb la configuració clàssica de la presumpció muciana, es pretenia afavorir el marit i els seus hereus en cas de conflicte amb la muller o la vídua sobre la procedència d'un bé. Aquesta protecció es dispensava presumint realitzada una donació que, en els termes dels articles 20 i següents de la Compilació, era nul·la.⁸³ Els creditors, per tant, quedaven al marge de la disciplina de l'article 23 de la Compilació i no podien pretendre la nul·litat de la donació a l'efecte d'atacar els béns presumptament donats talment com si fossin del marit. La seva protecció havia de ser articulada per mitjà d'altres mecanismes: en concret, a l'empara de l'article 11 CDCC i, més enllà, de l'article 340.3 CDCC.⁸⁴ D'acord amb el primer, en cas que una transmissió entre cònjuges fos

80. En aquest sentit, vegeu Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 109 i 118.

81. Era la fi del debat sobre l'aplicació de l'expedient de la subrogació real. Vegeu Francisco VIRGILI SORRIBES, *La presunción muciana*, Ramón María ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, i la nota 30 d'aquest treball.

82. Tampoc no hi va haver unanimitat a l'entorn del tipus de justificació acreditable per la muller. Així, mentre que Antonio PARA MARTÍN («La presunción muciana», p. 112 i 113) limitava el supòsit previst en la segona de les presumpcions previstes en l'article 23 de la Compilació, a les adquisicions procedents d'un contracte de compravenda, hi havia qui l'entenia aplicable a qualsevol altre contracte onerós (Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 219, nota 54).

83. Vegeu Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 122, 123, 285 i seg.; Jesús LALINDE ABADÍA, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales*, p. 174 i 175. Jesús Delgado Echevarría adverteix que la remissió de l'article 23 de la Compilació als articles 20 i altres del capítol II (del títol III del llibre II) era incorrecta, atès que en aquells preceptes hi havia aspectes que esdevenien inaplicables al cas (vegeu Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 223-224).

84. L'article 340.3 de la Compilació estableix: «No perjudicaran els creditors del donant les donacions que aquest atorgui amb posterioritat a la data del fet o de l'acte del qual neixi el dret de crèdit d'aquells, sempre que manquin altres recursos legals per a llur cobrament.» Vegeu, sobre aquest precepte, José PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el derecho civil de Cataluña», a Antonio PARA MARTÍN, *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, Càtedra Duran i Bas, 1971, p. 75-77, nota 6. I, més recent, Antoni VAQUER ALOY, *La protecció dels creditors del donant a l'article 340.3 de la Compilació del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1997.

impugnada judicialment, s'imputava a aquests la càrrega de provar la naturalesa onerosa de la dita transmissió; en qualsevol altre cas, se'n presumia la donació, que, d'acord amb l'article 340.3 CDCC, esdevenia inoposable als creditors.⁸⁵

5.1.2. *De l'article 23 de la Compilació, segons el Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, a l'article 12 del Codi de família*

Tot i que part de la doctrina que va comentar l'originari article 23 de la Compilació es va manifestar obertament partidària de suprimir la presumpció,⁸⁶ sembla que al legislador li va agradar més la idea de conservar-la, tot i que reduïda al supòsit d'insolvència i convertida en un mecanisme de protecció dels creditors.⁸⁷

Van ser tants els canvis introduïts per l'article 7 de la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, que el text de l'article 23 de la Compilació (segons la redacció donada pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya) incorporava, de fet, una presumpció del tot diferent a la prevista en el text originari.⁸⁸ S'hi deia: «En cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges, si aquests no estan separats judicialment o de fet, els béns adquirits per l'altre a títol onerosos durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció, es presumiran donats pel primer, llevat que el segon, en adquirir-los, o bé abans, disposés d'ingressos o de qualsevol altra classe de recursos suficients per a adquirir.»

El gir és radical: la presumpció de donacions, que ja és bilateral, es converteix en un mecanisme de protecció dels creditors que reposa damunt la idea silenciada del frau i que esdevé només aplicable en cas d'insolvència.⁸⁹ Més enllà d'aquesta evident reorientació de la presumpció, hom pot apreciar que, respecte de l'article 23 originari, el nou precepte es contrau als *béns adquirits a títol onerosos*. Per tant, els creditors hauran d'acreditar, com a fet provat, l'adquisició

85. Vegeu, sobre la protecció dispensable als creditors, Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 287 i seg.; Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 248 i seg.

86. Així, Antonio PARA MARTÍN, «La presunción muciana», p. 294.

87. Ho proposava Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, *El régimen matrimonial*, p. 249.

88. Va conservar, però, la seva ubicació inicial en el darrer article del capítol III del títol III del llibre I de la Compilació.

89. Vegeu Maria YSÀS I SOLANES, que comenta el precepte en el comentari a l'article 23, a Ferran BADOSA COLL *et al.*, *Comentarios a les reformes del dret civil de Catalunya*, vol. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1987, p. 321 i seg.

onerosa del cònjuge. El fet presumpte es configura també de manera diferent: es presumeix la *donació del bé adquirít*. Sens dubte, el legislador ha abandonat aquí el rebuig inicial a l'expedient subrogatori: tot i que el que hom pot presumir raonablement donat són els mitjans d'adquisició del bé, la presumpció es projecta sobre l'objecte adquirít i no sobre els recursos, com succeïa a la segona presumpció de l'originari article 23. Aquesta projecció, però, no treu que el que raonablement s'entén donat són els mitjans; altrament, el fet provat i el fet presumpte esdevindrien contradictoris. En aquest context, és raonable que acreditar la celebració d'un negoci amb un tercer no serveixi com a prova en sentit contrari (de fet, aquests aspectes integren el fet provat) i que s'exigeixi la prova de l'adquisició amb mitjans propis, aliens al concursat. Avala aquesta observació, més enllà de la mateixa naturalesa de les coses, la mateixa literalitat de l'article 23 CDCC, que permet enervar la presumpció acreditant la capacitat econòmica del cònjuge.

Més enllà, el precepte demana que l'adquisició s'hagi produït dins de l'any anterior a la declaració del concurs i que els cònjuges no es trobin separats.

La Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, va traslladar la presumpció de donacions al segon paràgraf de l'article 18 CDCC, ubicat al capítol III («Els negocis jurídics entre cònjuges») del títol III («De les relacions patrimonials entre cònjuges») del llibre I. Els termes en què es recollia la presumpció coincidien pràcticament amb els emprats pel legislador del 1984, per bé que en la nova redacció desapareixia el darrer incís del precepte, relatiu a la possible acreditació de la capacitat adquisitiva de l'adquirent com a circumstància enervadora de la presumpció.^{90, 91} La menció del poder adquisitiu de l'adquirent es

90. Vegeu el comentari d'aquest precepte a Anna CASANOVAS MUSSONS, comentari a l'article 18, a Anna CASANOVAS MUSSONS, Joan EGEA I FERNÁNDEZ, Carmen GETE-ALONSO CALERA i Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ (coord.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges: Llei 8/1993, de 30 de setembre*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 157 i seg.; Susana NAVAS NAVARRO, «La norma protectora de los terceros en casos de insolvencia de uno de los cónyuges en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (El artículo 18.2 de la Ley 8/1993 de relaciones patrimoniales entre cónyuges en Cataluña y el artículo 1442 del Código civil)», *Revista General de Derecho*, any LI, núm. 606, p. 1577 i seg.; Encarna ROCA TRIAS, «El règim de separació de béns», a Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, *Dret de la persona: Dret de família*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 205-206.

91. La desaparició de la referència al poder adquisitiu de l'adquirent va fer pensar si la intenció del legislador va ser la de convertir la presumpció en *iuris et de iure*. En aquest context, la doctrina es va cuidar tot seguit de confirmar el seu caràcter *iuris tantum* (vegeu, per tots, Encarna ROCA TRIAS, «El règim de separació de béns», p. 205 *in fine* i 206).

recupera en l'article 12 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. És aquesta disposició la que recull el règim avui vigent sobre aquest particular. S'hi diu: «En cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol onerosos durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció s'han de presumir donats pel primer, llevat que s'acrediti que, en el moment de l'adquisició, el matrimoni estava separat judicialment o de fet o que l'adquirent disposava d'ingressos o recursos suficients per a efectuar-la.»⁹²

5.2. LA PRESUMPCIÓ DE DONACIONS ENTRE CÒNJUGES, LA NORMA SOBRE CONTRACTACIÓ ENTRE CÒNJUGES I EL RÈGIM DE LES ADQUISICIONS ONEROSSES. DELIMITACIÓ D'ÀMBITS

Sens dubte, la reforma de la Compilació de 1984 esdevé una fita ineludible en la configuració, en el dret català, de la presumpció de donacions entre cònjuges. Més enllà de la reorientació de l'expedient cap a la protecció dels creditors, el text del nou article 23 sobtava per la semblança que tenia amb l'article 1442 CC,⁹³ que també presumia donats pel concursat o fallit els béns adquirits pel cònjuge a títol onerosos durant l'any anterior a la declaració. Amb tot, l'equiparació no podia ser absoluta: així, l'article 1442 CC presumia donada només *la meitat* del bé i no incorporava la prova de la capacitat econòmica com a circumstància que enervés la presumpció. Més enllà d'aquesta constatació elemental, creiem que plantejar-se una anàlisi comparativa entre l'article 1442 CC i l'article 23 de la Compilació (després, art. 18.2 i, avui, art. 12 CF) obliga a estudiar dues qüestions: en primer terme, si té sentit (com en tenia a l'empara de l'art. 1442 CC) plantejar-se la possible cabuda, en la norma catalana relativa a la presumpció de donacions entre cònjuges, dels supòsits d'adquisició de béns procedents directament del concursat; en segon terme, la relació entre la presumpció de donacions i el règim de les adquisicions oneroses *ex* article 39 CF.

92. Vegeu Encarna ROCA TRIAS, que comenta el precepte en el comentari a l'article 12, a Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (coord.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Tecnos, 2000, p. 143 i seg., i Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Les relacions econòmiques entre cònjuges», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 466.

93. Recordem que aquest precepte va ser introduït al Codi civil el 1981.

5.2.1. *L'anomenada presumpció de gratuïtat de l'article 11 del Codi de família i la presumpció de donacions de l'article 12 de la Compilació*

L'article 12 de la Compilació, segons el Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, va assolir dues funcions: d'una banda, reproduir el contingut de l'originari article 11 de la Compilació, segons el qual, en cas d'impugnació judicial, la prova del caràcter oneros del negoci corresponia als cònjuges; de l'altra, reconèixer als cònjuges la possibilitat de celebrar, entre ells, actes i contractes a títol oneros o gratuït.⁹⁴ La Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, va traslladar aquesta disciplina a l'article 18.1 CDCC.⁹⁵ Avui es recull en l'article 11 CF, que assenyala: «Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i dur a terme entre ells tot tipus de negocis jurídics. En cas d'impugnació judicial, els correspon la prova del caràcter oneros de la transmissió.»

Més enllà del principi de llibertat de contractació entre cònjuges, els preceptes esmentats ens interessien, en aquest punt, per la menció de la càrrega de la prova de l'onerositat que se'ls atribueix en cas d'impugnació judicial.⁹⁶ Aquesta disposició, introductòria d'una mena de modalitat de presumpció de gratuïtat,⁹⁷ sembla que permetria excloure de l'àmbit de la presumpció de donacions entre cònjuges (art. 12 CF) els supòsits d'adquisició procedents del concursat: la presumpció de donació ja se seguiria de la norma precedent sobre la contracta-

94. De fet, l'article 5 de la Llei 13/1984, de 20 de març, de modificació de la Compilació, ordenava modificar el contingut de l'article 11 de la Compilació i reconèixer als cònjuges la possibilitat de celebrar entre si negocis jurídics a títol oneros o *gratuït*. La mesura era coherent amb la desaparició de la prohibició de les donacions entre cònjuges, establerta en l'antic article 20 de la Compilació. Va succeir, però, que en el text refós el contingut de l'article 11 CDCC va passar a l'article 12 CDCC.

L'article 12 CDCC conserva la ubicació sistemàtica de l'originari article 11 CDCC (capítol I, «Disposicions generals», del títol III, «Del règim econòmic conjugal», del llibre I, «De la família»).

95. El precepte canvia d'ubicació i passa al capítol III, «Negocis jurídics entre cònjuges», del títol III, «De les relacions patrimonials entre cònjuges», del llibre I de la Compilació.

96. Sobre les relacions entre l'article 11 CDCC i l'article 23 CDCC (Llei 40/1960), vegeu M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA, comentari a l'article 23 de la Compilació, a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tom XXVII, vol. I, Madrid, Edersa, 1981, p. 438-439; Ramon FAUS i F. de A. CONDOMINES, *Comentarios a la Compilació*, p. 53.

97. Així ho qualifiquen José PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre de la mujer», p. 77 *in fine*; Victorio MAGARIÑOS BLANCO, «Algunos aspectos del régimen de separación de bienes en Cataluña», a *Estudios Jurídicos*, p. 40; Maria YSÀS i SOLANES, comentari a l'article 23, p. 327; Encarna ROCA TRIAS, «El règim de separació de béns», p. 204; Antoni MIRAMBELL ABANCO, «Les relacions econòmiques», p. 466. Parla de *presumpció de simulació relativa del títol* Anna CASANOVAS MUSSONS, comentari a l'article 18, p. 163.

ció entre cònjuges (art. 11 CF), cosa que faria innecessària o sobrerera l'al·legació de l'article 12 CF. És més, la invocació en situacions concursals de l'article 11 CF, en comptes del 12 del mateix codi, podria esdevenir àdhuc avantatjosa per als creditors, atès que no s'hi limiten en el temps els negocis impugnables (l'art. 12 s'aplica només respecte a les adquisicions realitzades en el període sospitós) ni s'hi inverteix la càrrega de la prova en cas que s'acrediti la capacitat econòmica del cònjuge adquirent, de manera que aleshores s'atribueix als creditors (art. 12 *in fine* CF).⁹⁸ En aquest punt, doncs, hom podria concloure que, tot i que de la dicció de l'article 12 CF no es deriva l'exclusió del cas d'adquisició directa del concursat, la seva al·legació podria esdevenir inútil i fins i tot perjudicial per als creditors.

La relació entre la norma relativa a la contractació entre cònjuges (art. 11 CDCC 1960, 12 CDCC 1984, 18.1 *in fine* Llei 8/1993 i 11 CF) i la referent a la presumpció de donacions entre cònjuges (art. 23 CDCC 1960 i 1984, 18.2 Llei 8/1993 i 12 CF), però, no ha estat interpretada per tothom i sempre en el sentit exposat. Hi ha qui ha proposat una lectura en termes de norma *general*, que seria l'avui article 11 CF, versus norma *especial*, que seria el vigent article 12 CF, i de desplaçament de la primera per la segona, cosa que faria que, quan es tractés d'adquisicions procedents del cònjuge concursat realitzades a títol oneros i dins del període sospitós, el règim aplicable fos l'establert en l'article 12 CF (i les normes concordants, arg. *ex art.* 71.2 LC). Segons aquesta opinió, el que afegiria aquest darrer precepte respecte d'allò previst en l'article 11 CF és que permetria, en cas que s'acredités la capacitat econòmica de l'adquirent, aplicar les normes generals sobre la càrrega de la prova: serien aleshores els creditors els encarregats de provar que, malgrat l'existència d'aquells mitjans, el cònjuge concursat no va rebre res en concepte de contraprestació.⁹⁹ Des d'aquesta perspectiva, doncs, el precepte afavoriria els cònjuges, ja que, un cop provada la capacitat adquisitiva de l'adquirent, el sistema esdevindria més rígid per als creditors.

98. És per aquests motius que no acabem d'entendre per què Maria YSÀS SOLANES (comentari a l'article 23, p. 327 i 328) defensa primer que l'article 12 CDCC estableix una presumpció de donacions i, després, que les adquisicions procedents del cònjuge concursat tenen cabuda en l'article 23 CDCC, que, a més i en relació amb l'article 12 CDCC, és un precepte que ofereix major protecció als creditors.

99. Vegeu Susana NAVAS NAVARRO, «La norma protectora de los terceros», p. 1588-1589. Aquesta era la lectura que feia l'autora dels articles 12 i 23 CDCC, text refós pel DL 1/1984. La desaparició, amb la reforma duta a terme per la Llei 8/1993, de l'incís relatiu al poder adquisitiu de l'adquirent, la va obligar, però, a fer una relectura dels apartats primer i segon de l'article 18 de la Llei 8/1993. I va concloure que l'ordenament incorria en una redundància (Susana NAVAS NAVARRO, «La norma protectora de los terceros», p. 1589 *in fine* i 1590).

El quid de la qüestió que es planteja demana com a pressupòsit justificar una circumstància: que els articles 11 i 12 CF estan dient el mateix, o, dit d'una altra manera, que de la seva aplicació als supòsits d'adquisició procedent del concursat se segueixen conseqüències jurídiques idèntiques. Un cop acreditat això i a l'efecte d'evitar redundàncies, ens caldrà cercar un criteri de determinació de la norma aplicable al cas: així, atendre l'article 12 CF com a norma especial, de manera que l'especialitat vindria donada per la *declaració del concurs* i el temps de l'*adquisició*; atendre l'article 11 CF, que, *específicament* i a diferència de l'article 12 CF, fa referència al cas de la contractació entre cònjuges,¹⁰⁰ etcètera, o, en fi, confirmar aquella redundància i la possibilitat que es brinda als creditors d'al·legar l'article 11 CF o l'article 12 del mateix codi, cosa que faria sobrerera o supèrflua la menció d'*ambdós* preceptes.

L'anàlisi no pot desconèixer la predisposició natural d'*ambdós* preceptes a ser aplicats en àmbits distints: l'article 11 CF, en el marc d'una acció particular d'impugnació i en benefici de l'impugnant; l'article 12 CF, en els procediments concursals, en benefici de la massa (arg. ex art. 78 LC) i de manera automàtica. Aquest automatisme implica que per tal que regeixi la presumpció no cal que s'impugni cap acte o negoci; una altra cosa és que la màxima virtualitat de la norma es faci palesa quan es persegueixi la rescissió de la disposició gratuïta presumpta.

Per això anterior i pel que es dirà, es creu que els articles 11 i 12 CF no estan dient el mateix i que, en conseqüència, té cabuda en aquest darrer el cas de l'adquisició procedent del concursat. L'article 11 CF estableix, com és sabut, que en cas d'impugnació judicial la prova de l'onerositat del contracte pertoca als cònjuges. Aquest precepte adquireix sentit en el context d'un procediment judicial en el qual els creditors o, si s'escau, els legitimaris denuncien la falsedat de l'onerositat al·legada pels cònjuges. Sense el precepte, la dita prova pertoca als creditors, que són els que dubten de la gratuïtat del negoci. El precepte té, doncs, una dimensió processal i comporta la *inversió de la càrrega de la prova*.¹⁰¹ Per contra, l'article 12 CF estableix una *presumpció de donació*. Aplicada

100. Així, hom podria dir que l'article 12 CF certament no exclou el supòsit, però tampoc no el preveu expressament, com sí que ho fa l'article 11 CF.

101. En aquest sentit, vegeu la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de desembre de 1993 (RJ 1993/10203), on es diu: «[...] A ello cabe decir que una presunción, en sentido estricto, supone un hecho básico, otro derivado y un enlace preciso y directo entre ambos según las reglas del criterio humano. El art. 12 de la Compilación al establecer que los cónyuges podrán establecer entre sí durante el matrimonio actos y contratos a título oneroso o gratuito y que "en caso de impugnación judicial la prueba del carácter oneroso corresponde a los demandados", no establece propiamente una presunción sino una regla de asignación probatoria. Por ello la doctrina

la dita norma al cas de l'adquisició procedent directament del concursat, la presumpció pressuposa que l'onerositat de l'adquisició entre cònjuges és només aparent; que l'onerositat va ser simulada; en fi, que l'adquisició va ser gratuïta i a títol de donació. Certament, aquesta darrera presumpció, a semblança de l'article 11 CF, fa recaure també sobre els cònjuges la prova de l'onerositat efectiva. L'element distintiu és, creiem, que l'article 12 CF va més enllà: estableix una presumpció de la qual hom pot derivar efectes materials o pretensions basades en la gratuïtat presumpta (així, per exemple, interposar una acció rescissòria *ex art. 1297 CC, 71.2 LC i 340 CDCC*). El nostre dubte és si aquesta estratègia pot seguir-se també a l'empara de l'article 11 CF; dit d'una altra manera, si el precepte només pot al·legar-se a l'efecte d'atacar l'*aparent onerositat* del negoci o si es pot fer extensiu als expedients d'atac dels *negocis gratuïts*. En el primer cas, reduiríem el precepte als procediments de nul·litat per simulació.¹⁰² Si de la dita acció se seguís la gratuïtat del negoci, s'obriria aleshores la possibilitat de recórrer als mecanismes d'agressió dels negocis gratuïts.¹⁰³ En el segon cas, hom podria al·legar directament el precepte, per exemple, en un procediment instat per tal de rescindir per frau un negoci aparentment onerós celebrat entre cònjuges: es diria aleshores que, un cop al·legada pels demandants la gratuïtat del negoci i, d'aquí, la procedència de l'acció rescissòria *ex art. 1297 CDCC* (1r paràgraf), la prova de l'onerositat correspondria als cònjuges. Més clarament: davant d'un negoci entre cònjuges presentat com a onerós, podria l'administració concursal, o, si s'escaigués, els creditors (arg. *ex art. 72.1 LC*), interposar

más autorizada ha podido decir que el principal efecto de este precepto es de orden procesal y consiste en la inversión de la carga de la prueba de la onerosidad, de tal manera que alegada la gratuidad serán los cónyuges los que deberán demostrar que existe causa onerosa. Por otra parte, la presunción de gratuidad establecida por el art. 12 de la Compilación no está pensada para que pueda ser esgrimida por un cónyuge frente al otro sino para facilitar la reclamación de los acreedores cuando los esposos simulan enajenaciones onerosas para crear ficticias situaciones de insolvencia. Así se deduce del tenor literal del precepto que habla en plural de "los demandados", es decir, ambos cónyuges que son objeto de reclamación de un tercero. Y así lo entiende la doctrina que sitúa la presunción de gratuidad del artículo 12 y la presunción de donación del artículo 23 entre las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico catalán para la protección de los acreedores de los cónyuges [...]» (FJ 3r).

Feia referència a la naturalesa processal de la mesura establerta en l'article 18.1 CDCC, segons la Llei 8/1993, Lluís PUIG FERRIOL, «La contratación entre cónyuges en el derecho civil de la Cataluña», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 25 (desembre 1994), p. 47.

102. Pensem, per exemple, en una acció de simulació que pot interposar-se a l'empara de l'article 71.6 LC. Per aplicació de l'article 11 CF, seran els cònjuges demandats els qui hauran de provar l'onerositat, i no l'administració concursal o els creditors demandants els qui hauran de provar la gratuïtat dissimulada.

103. Una altra cosa és que, si és correcta aquesta primera alternativa, hom pugui acumular ambdues accions en un mateix procediment: la de simulació i la de rescissió del negoci dissimulat.

l'acció de rescissió *ex* article 71.2 LC, que declara la rescindibilitat dels actes dispositius gratuïts, o li caldrà, abans, acreditar la dita gratuïtat (provant-la fe-faentment, recurrent a la presumpció *ex* article 12 CF...)? La qüestió no queda clara entre la doctrina¹⁰⁴ i la jurisprudència tampoc no ens ajuda.

104. José Pintó Ruiz («Los bienes puestos a nombre de la mujer», p. 85, nota 13) sembla que és partidari de la primera opció: l'article 11 CF es configura com un ajut a l'efecte d'acreditar la simulació relativa del negoci. Si els cònjuges no proven l'onerositat, la dita simulació quedarà acreditada, i és per això que els creditors poden recórrer a l'article 340 de la Compilació. Amb termes semblants, vegeu Josep Maria PUIG SALELLAS, comentari a l'article 11 de la Compilació, a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil*, p. 309. També creiem que comparteix aquesta primera opció Maria YSÀS I SOLANES (comentari a l'article 23, p. 327). En relació amb l'article 12 CDCC (text refós DL 1/1984) (avui article 11 CF), la dita autora assenyala: «Si es prova el caràcter oneros, l'acte o contracte és inatacable per aquesta via (però resta l'article 23). En cas contrari, *es considerará gratuít i, d'aquesta manera s'obre la via per aplicar, si és el cas, l'article 340.3 Comp [...]*» (la cursiva és nostra).

Susana Navas Navarro («La norma protectora de los terceros», p. 1586) es decanta per la segona possibilitat i afirma: «[...] Así pues, la norma del artículo 18.1 es una NORMA PROCESAL de aplicación general, siendo aplicable, siempre que se den sus presupuestos, al ejercicio judicial de una pretensión (acción revocatoria, acción simulatoria y acción de nulidad) [...]»

Encarna Roca Trias («El règim de separació de béns», p. 204) opta també per la segona via: «[...] Aquesta presumpció pot afavorir els creditors de qualsevol dels cònjuges, per tal de poder exercitar l'acció de l'article 340.3 [...] El principal efecte d'aquesta presumpció és d'ordre processal i consisteix en la inversió de la càrrega de la prova de l'onerositat del contracte; els interessats poden interposar les accions dirigides a la protecció del seu dret de crèdit, al·legant que l'acte celebrat entre els consorts és gratuït per aquesta presumpció i sense necessitat d'aportar cap altra prova [...]» Aquesta autora dedueix la superposició de les presumpcions establertes en els apartats 1 i 2 de l'article: «En el cas que el contracte que es qüestiona s'hagi atorgat entre els propis cònjuges, se superposen les presumpcions dels dos apartats de l'article 18; en realitat la del segon paràgraf no caldria perquè aquesta eventualitat està ja coberta per la primera part de l'article 18 i podria ser usada pels creditors del concursat o fallit per integrar aquests béns en la massa responsable» («El règim de separació de béns», p. 206). Vegeu, en el mateix sentit, comentari a l'article 11, p. 142 i 143, i comentari a l'article 12, p. 145.

Anna Casanovas Mussons (comentari a l'article 18, p. 163, 164 i 165) reconduïx la impugnació judicial de l'article 18.1 de la Compilació (text refós DL 1/1984) al cas d'exercici d'una acció de simulació: «[...] Això centra la “impugnació judicial del negoci” que els cònjuges pretenen haver realitzat a títol oneros en l'exercici de l'acció de simulació. La presumpció de l'article 18.1.II no actua discriminadament en qualsevol cas d'impugnació de la relació negocial; considera el demandant que es dirigeix precisament a destruir-ne l'aparença d'onerositat [...] Si els cònjuges no aconsegueixen destruir la presumpció, els creditors tenen oberta la via de l'article 340.3 [...], tota vegada que l'aparició a la superfície del negoci gratuït dissimulat determina —de no resultar invàlid o inefaç per altres raons— l'aplicació de la regulació pròpia d'aquesta causa (de manera que la inoposabilitat de la “donació” en perjudici dels creditors del “donant” que resulta de l'article 340.3 CDCC permetrà a aquests creditors dirigir-se contra els béns adquirits pel donatari) [...]» Pel que fa a la relació entre ambdós paràgrafs de l'article 18 CDCC, es defensa el següent: «El disponent, en canvi, tant pot ser el consort insolvent com un tercer [...] L'article 18.2 resulta en principi aplicable indistintament a un i altre supòsit; ara bé, la utilitat específica de la presumpció establerta a favor dels creditors del

Al nostre entendre, de l'aplicació dels articles 11 i 12 CF a l'acte dispositiu realitzat per un dels cònjuges a favor de l'altre, se'n segueixen diferents conseqüències jurídiques. El primer article esdevé operatiu en el marc d'un procés instat per la impugnació de l'onerositat al·legada o aparentada pels cònjuges. En aquest context, en cas que no hagués existit el precepte, la càrrega de la prova de la simulació hauria recaigut sobre els demandants. Ans al contrari, el legislador, admetent com a probable i freqüent la simulació i conscient de la dificultat de la prova, n'ha invertit la càrrega. D'altra banda, el dit règim és aplicable a qualsevol negoci celebrat en qualsevol temps. Segons quin sigui el desenllaç de la impugnació, els creditors podran, si escau, recórrer contra l'acte gratuït (art. 340.III CDCC i 71.2 LC) o, àdhuc, contra l'acte oneros (art. 71.3.1 LC). Per la seva banda, l'article 12 CF, aplicat al cas de l'adquisició onerosa procedent del concursat, estableix una presumpció de donació. A la seva empara, els creditors poden recórrer directament als mecanismes d'atac dels negocis gratuïts, sense necessitat d'agredir, prèviament, el títol presumptament simulat.

concurtat o fallit només es manifesta plenament en el segon. Vegem-ho: En el primer cas, quan l'acte oneros que es presumeix (relativament) simulat va tenir lloc efectivament entre els cònjuges (essent el concursat o fallit el disponent cert), la presumpció de l'article 18.2 no representa pels creditors d'aquest una protecció especial més enllà de la que estableix l'article 18.1.II amb caràcter general (amb la possible doble diferència que l'article 18.1.II requereix la impugnació judicial de l'acte —mentre que la presumpció de l'article 18.2 sembla actuar de manera automàtica— i que l'article 18.1.II segurament permetria als creditors del concurs o de la fallida atacar actes anteriors al període a què es refereix l'article 18.2» (comentari a l'article 18, p. 167).

Lluís Puig Ferriol («La contratació entre cónyuges») recorda la naturalesa de l'article 18.1 CDCC com a norma relativa a la càrrega de la prova (p. 49) i fa recaure la impugnació judicial de què parla el precepte sobre l'onerositat al·legada pels cònjuges (p. 54).

Antoni Mirambell Abancó («Les relacions econòmiques», p. 466) sembla que tampoc no admet la virtualitat de l'article 11 CF per permetre, *per se*, recórrer a l'article 340.3 CDCC. Defensa: «[...] Es pot dir que la norma presumeix directament la simulació relativa del títol oneros en cas d'impugnació judicial. Aquesta impugnació ha de provenir de tercers, mai d'un dels cònjuges, i pot afavorir altres persones (legitimaris, art. 355 CS, o l'hereu, art. 79.3 CS). Cal tenir en compte que si no es demostra el caràcter oneros, llavors els creditors tenen la via de l'art. 340.3 CDCC; i que si es demostra això no vol dir que no hi hagi frau, però llavors caldrà provar-ne l'existència [...]»

Vegeu també Antoni VAQUER ALOY, «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña)», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-desembre 1999, p. 1534: «[...] La aplicabilidad del artículo 340.3 resulta, por otra parte, favorecida en algunos supuestos legales, concretamente en aquellos en que se contienen presunciones de donación. Así, cuando los cónyuges no consiguen demostrar el carácter oneroso del negocio que han celebrado, el negocio se reputará gratuito (art. 11 del Código de Familia) [...] En todos ellos, si no se logra enervar la presunción de donación, deviene aplicable el artículo 340.3. Lo mismo que si se declara judicialmente la simulación de una donación bajo la apariencia de un negocio a título oneroso [...]»

Possiblement, la confusió que genera la coexistència d'ambdós preceptes ve donada pel fet que l'article 12 CF també atribueix als cònjuges la càrrega de provar l'onerositat efectiva i certa de l'adquisició, i que, en ambdós casos, la dita prova enerva la presumpció de gratuïtat que rau en el fons de l'article 11 CF i la de donació de l'article 12 CF. No obstant això, propugnem la delimitació d'ambdues normes i ho fem a l'empara d'un argument que té tres vessants: historico-sistemàtic, gramatical i lògic. Pel que fa al primer, les redaccions successives de l'incís segon de la norma sobre la contractació entre cònjuges fan palesa la intímissima relació que aquesta hi guarda.¹⁰⁵ Relatiu aquest primer vessant principalment a la *naturalesa* (només onerosa, o onerosa i gratuïta) dels negocis celebrables, sembla que la impugnació judicial de què parla el segon incís és la del títol i per raó de la presumpta simulació, i no pas la de l'acte o negoci celebrat i per qualsevol motiu. Pel que fa al segon vessant, la dicció literal d'ambdós preceptes és clarament evident. L'article 12 CF estableix, a partir d'un fet provat, un fet presumpte; l'article 11 CF atribueix als demandats la càrrega de la prova. Només en l'àmbit de la pretesa justificació del precepte hom pot parlar de presumpció de gratuïtat. Pel que fa al tercer, és raonable que el legislador augmenti la protecció dels creditors quan les circumstàncies esdevinguin més propícies i estimulants del frau. Des d'aquesta perspectiva, tindria sentit que, si es tractés de negocis dispositius entre cònjuges, en cas d'impugnació judicial per simulació *només s'invertís sempre* la càrrega de la prova, mentre que si aquell es realitzés en el període sospitos, s'arribés a presumir la donació. Aquesta darrera mesura comportaria l'efecte processal d'inversió de la càrrega de la prova i altres efectes materials que pressuposarien la gratuïtat de l'acte.

Creiem que només motius d'economia processal poden fer trontollar la lectura feta dels articles 11 i 12 CF i permetre una interpretació àmplia de la menció *impugnació judicial* de l'article 11 CF que la fes comprensiva de qualsevulla reclamació (així, per simulació, per rescissió, per revocació...). En el context de qualsevol dels dits processos, on l'acció principal pressuposa la gratuïtat de l'acte que s'impugna, els creditors només haurien d'al·legar tal gratuïtat, sense necessitat d'aportar-ne cap prova. Restaria a les mans dels cònjuges, provant l'onerositat del negoci o no fent-ho, la sort de l'acció interposada.

105. Aquesta relació, la fa palesa no només la ubicació sistemàtica de l'incís, sinó també la mateixa puntuació ortogràfica. Així, fins a la modificació de la Compilació per mitjà de la Llei 8/1993, de 30 de setembre, ambdós incisos estaven separats per un punt i coma. A partir d'aquella data, aquesta puntuació es va substituir per un punt i seguit.

5.2.2. *El règim de les adquisicions oneroses ex article 39 del Codi de família*

La presumpció de donacions entre cònjuges *ex* article 12 CF s'ha de delimitar també de la disciplina prevista en l'article 39 del mateix codi, relatiu a les adquisicions oneroses realitzades pels cònjuges casats en règim econòmic matrimonial de separació de béns. Aquest règim es resol, a voltes, en presumpcions de titularitat i presumpcions de donació, que requereixen ser distingides de la primera.

L'article 13 de la Llei 13/1984, de 20 de març, que va adoptar i integrar en l'ordenament jurídic català la Compilació i hi va introduir diverses modificacions, va modificar la rúbrica del capítol X del títol III del llibre I (que va passar a intitular-se «Dels béns privatius») i la redacció de l'article 49. El paràgraf tercer d'aquest precepte establia: «Els béns adquirits per un dels consorts durant el matrimoni l'adquisició dels quals no es pugui justificar es considerarà que pertanyen als dos consorts per la meitat; però si en consta l'adquisició, es presumiran adquirits amb diner privatiu de l'adquirent.» Aquesta darrera presumpció havia de ser delimitada de l'establerta en l'article 23 de la Compilació (text refós pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol); altrament, es corria el risc de defensar l'aplicació de normes incompatibles a un mateix cas: per aplicació de la norma prevista en l'article 49 *in fine* CDCC, un cop acreditada una adquisició a títol oneros pel cònjuge del concursat, la presumpció ho seria del caràcter privatiu dels mitjans esmerçats, i és per això que la càrrega de la prova de l'origen aliè dels dits recursos s'atribuiria, en aquest cas, als creditors. Per aplicació de l'article 23 CDCC, la presumpció hauria afavorit, contràriament, aquests; aquí es presumia la donació dels mitjans, tot i que per raó de l'expedient subrogatori el fet presumpte requeia sobre el bé adquirit.

En aquest context, la doctrina es va afanyar a limitar l'eficàcia del tercer paràgraf de l'article 49 CDCC als conflictes que es poguessin generar *entre els cònjuges* per raó de la titularitat dels béns adquirits mentre va durar el matrimoni¹⁰⁶ i es va preocupar també, atenent la situació concursal i la naturalesa de l'article 23 CDCC com a norma de protecció dels creditors, de defensar l'aplicació prioritària d'aquest darrer i relegar a un segon terme allò previst en l'article 49 CDCC.¹⁰⁷ Al nostre entendre, el conflicte era més aparent que real i, en tot cas, resoluble a

106. Maria YSÀS SOLANES, «Comentari a l'article 23», a Ferran BADOSA COLL *et al.*, *Comentaris a les reformes*, p. 327.

107. Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, comentari a l'article 49, a Ferran BADOSA COLL *et al.*, *Comentaris a les reformes*, p. 451. Aquest autor defensa: «[...] Sembla evident que en atenció a la situació concursal que es considera i, precisament, com a protecció dels creditors el supòsit de l'article 23 actuarà prioritàriament sobre el supòsit de l'article 49.3.II, és a dir, es presumirà directament la donació de l'altre cònjuge [...]»

l'empara d'aquest distint nivell de relacions: si es tractava d'un bé adquirit a títol oneros pel cònjuge del concursat, per aplicació de l'article 49.3 *in fine* CDCC la contraprestació es presumiria privativa. Per raó de l'eficàcia entre cònjuges del precepte, és clar que requeria sobre la parella acreditar que els mitjans emprats no eren propis del cònjuge adquirent, sinó *aliens* (així, sobretot, del cònjuge demanant que per aplicació del principi de subrogació real pretén el bé com a propi o amb titularitat compartida o busca el reemborsament de la dita gratuïtat). Per la seva banda, l'article 23 CDCC, creiem, no desdeia ni matisava el que es preveia en l'article 49.3 CDCC: succeïa que, davant dels creditors, aquella contraprestació i per subrogació aquell bé havien esdevingut privatius del cònjuge adquirent per donació del concursat. En cap cas es posava en dubte la seva pertinença, sinó que merament es presumia com havien arribat a esdevenir propis o privatius del cònjuge del concursat.¹⁰⁸ En altres termes, en cas de concurs, davant de l'adquisició onerosa del cònjuge del concursat, l'article 23 CDCC presumia que la contraprestació satisfeta provenia del concursat i que la transmissió va obeir a una donació; per subrogació, que el bé va ser donat pel concursat al seu cònjuge. En la mateixa situació, el concursat, a fi de conservar alguna expectativa sobre el bé adquirit o alguna pretensió de recuperació de l'import invertit,¹⁰⁹ havia d'acreditar que la contraprestació satisfeta era pròpia, i no del cònjuge adquirent.

108. La introducció d'aquesta norma es va interpretar com una conseqüència de la supressió de l'antiga presumpció muciana prevista en l'originari article 23 de la Compilació (Llei 40/1960), presumpció que, segons es va dir, només regia en conflictes suscitats entre el cònjuge adquirent i el marit i els hereus. Recordem que, a la seva empara, si la muller justificava l'adquisició, però no la del preu, es presumia que aquest li va ser donat pel marit. Així doncs, el nou article 49.3 CDCC, en presumir que la contraprestació era privativa, va ser interpretat com un intent del legislador de confirmar aquella derogació. En aquest context, *privativa* adquiria un valor afegit, atès que volia significar, a més de «contraprestació pròpia», «no provinent del marit». Així, la imposició al cònjuge no adquirent de la càrrega de provar una donació eventual era doblement confirmada: d'una banda, per la desaparició de la presumpció muciana; de l'altra, per la presumpció del caràcter estrictament privatiu de la contraprestació satisfeta. Vegeu, en aquest sentit, Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, comentari a l'article 49, p. 450, i Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, *La presunción muciana*, p. 22 (nota 39). Amb tot, amb la reorientació donada a la presumpció prevista en l'article 23 CDCC d'ençà de la seva redacció per mitjà de la Llei 13/1984, només es podia defensar la interpretació vista de l'adjectiu *privatiu/iva* com a «no procedent del cònjuge» en el marc dels conflictes suscitats entre els cònjuges. Amb vista als creditors, regia l'article 23 CDCC, i a la seva empara el que es presumia era precisament la donació.

109. A fi d'evitar elements comunitaris, es propugna resoldre el supòsit d'adquisició formal del cònjuge adquirent i contraprestació procedent del no-adquirent o d'un tercer, en un dret a la restitució de la contraprestació satisfeta, que es reconeixia a aquests darrers enfront del cònjuge esdevingut titular exclusiu del bé, a Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, comentari a l'article 21, a Anna CASANOVAS MUSSONS, Joan EGEA i FERNÁNDEZ, Carmen GETE-ALONSO CALERA i Antoni MIRAMBELL i ABANCÓ (coord.), *Comentari a la modificació de la Compilació*, p. 192.

La primera de les presumpcions previstes en el tercer paràgraf de l'article 49 CDCC també planteja algun problema d'encaix amb l'article 23 CDCC. En aquest sentit, la doctrina va traslladar a la Compilació la mateixa qüestió que es formulaven els autors a l'empara dels articles 1441 i 1442 CC: si sobre la meitat corresponent a cada cònjuge en la titularitat del bé per aplicació de l'article 1441 CDCC hom podia aplicar l'article 1442 CDCC. A Catalunya, la qüestió requeria pronunciar-se sobre l'aplicació de l'article 23 CDCC sobre la meitat corresponent a cada cònjuge d'acord amb el tercer paràgraf de l'article 49 CDCC. Les opinions van ser divergents, per bé que, *de lege lata*, el cert és que l'article 23 CDCC requeria, com a fet provat, l'adquisició onerosa del cònjuge adquirent; aquest fet, per si mateix, feia inaplicable la primera de les presumpcions previstes en el tercer paràgraf de l'article 49 CDCC, que requeria, com és sabut, sobre béns l'adquisició dels quals no es pogués provar.¹¹⁰

La Llei 8/1993, de 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, va modificar el règim de les titularitats dubtoses, previst, d'ençà d'aleshores, en el segon i tercer paràgrafs de l'article 21. S'hi deia el següent: «En les adquisicions fetes a títol oneros per un dels cònjuges durant el matrimoni, si consta la titularitat dels béns, la contraprestació s'entendrà pagada amb diner privatiu de l'adquirent. En el cas que la contraprestació procedís de l'altre cònjuge, hom en presumirà la donació. [...] En cas de dubte sobre la titularitat dels béns adquirits durant el matrimoni, es considerarà que pertanyen als dos cònjuges per meitat.» En essència, aquesta mateixa regulació és la vigent avui dia a l'empara dels articles 39 CF, que reproduïx el paràgraf segon de l'article 21 transcrit, i 40 del mateix codi, que, com a novetat, exclou del règim de la proindivisió «[...] els béns mobles que siguin d'ús personal o que estiguin directament destinats al desenvolupament de l'activitat d'un dels cònjuges i que no siguin d'extraordinari valor, cas en el qual es presumeix que pertanyen a aquest [...]».

110. Compartim, doncs, l'opinió de Susana NAVAS NAVARRO, «La norma protectora de los terceros», p. 160. La postura contrària va ser defensada per Maria YSÀS I SOLANES, comentari a l'article 23, p. 329. Entre altres arguments, feia menció del Dictamen de la Comissió del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. En aquest informe es proposava ubicar el que es disposava en l'article 23 CDCC, en el darrer paràgraf de l'article 49 CDCC i s'assenyalava: «En cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges, si aquests no estan separats judicialment o de fet, els béns adquirits per l'altre a títol oneros, durant l'any anterior a la declaració o al de la data de la retroacció, fins i tot en la meitat que li correspongui, si és el cas, d'acord amb el paràgraf anterior, es presumiran donats pel primer llevat que el segon, en adquirir o abans, disposés d'ingressos o de qualsevol altra classe de recursos suficients per a adquirir.» Vegeu també sobre aquesta qüestió Antoni MIRAMBELL ABANCO, «Les relacions econòmiques», p. 451.

Aparentment, la principal novetat incorporada amb el text del segon paràgraf de l'article 21 de la Llei 8/1993 respecte del tercer paràgraf de l'anterior article 49 CDCC, és l'afegit relatiu a la presumpció de donació, que regeix quan consta que la contraprestació satisfeta prové del patrimoni del cònjuge no adquirent.¹¹¹ Quin buit omplia aquest nou incís? D'acord amb la legalitat anterior (art. 49 *in fine* CDCC), corresponia al cònjuge de l'adquirent destruir la presumpció de privativitat de la contraprestació satisfeta per aquest darrer en l'adquisició onerosa d'un bé. Aquesta enervació requeria provar que els dits recursos provenien del patrimoni del no-adquirent. Arribats a aquest punt, mancava per desxifrar la naturalesa del títol transmissiu. Sabut que l'aleshores vigent article 12 CF no podia emprar-se perquè desplegava la seva eficàcia enfront de tercers (sobretot creditors), i no entre cònjuges, la qüestió no estava legalment resolta; si de cas, hom podia pretendre l'aplicació per analogia del criteri seguit en l'article 12 CF i, a l'empara d'una mena de presumpció de gratuïtat, fer recaure sobre el cònjuge no adquirent la prova de la naturalesa onerosa de la disposició dels fons. Jurisprudencialment, però, no va ser així com es va resoldre la qüestió, ans al contrari: es va considerar que existia una mena de bestreta entre els cònjuges que donava dret a qui va anticipar els recursos a exigir-ne el reemborsament a qui els va rebre.¹¹² Amb la reforma del 1993 es va establir expressament, per a aquests supòsits, una presumpció de donació.¹¹³

111. És força curiós que aquest mateix supòsit sigui el que es recull en la primera de les presumpcions previstes en l'article 78.1 de la Llei concursal. Com s'ha dit, però, l'àmbit d'aplicació de les normes és radicalment distint.

112. Aquesta és la solució seguida en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 31 de gener de 1994 (RJ 1994/4587), on es resol el següent: «[...] El marido adelantó, anticipó, puso dinero de su peculio para su esposa. Desde que lo hizo adquirió un crédito contra ella. Lo reclamó ahora y se condena a la deudora a su pago. Si no se le concedió antes su importe es porque no lo pidió [...]» Vegeu el comentari d'aquestes resolucions a Lluís PUIG FERRIOL, «La contratación entre cónyuges», p. 50, i també a Lluís PUIG FERRIOL, comentari a l'article 39 CF, a Joan EGEA I FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (coord.), *Comentarios al Codi de família*, p. 220.

113. La doctrina s'ha pronunciat també sobre les relacions entre els articles 18.2 i 21 (2n paràgraf) CDCC. Així, Susana Navas Navarro («La norma protectora de los terceros», p. 1607) nega que hi hagi cap relació, atès que l'àmbit d'aplicació és diferent («[...] Entre la norma establecida en el artículo 18.2 y en el artículo 21.2 no media relación alguna. En efecto, el segundo párrafo del artículo 21 tiene un alcance limitado a los consortes y sus herederos; mientras que el artículo 18.2 posee una eficacia frente a terceros. En esta dirección, consideran el mismo fenómeno desde diferente ámbito: personal y terceros, respectivamente [...]»).

Encarna Roca Trias («El règim de separació de béns», p. 202) sí que hi veu relació: «[...] Però també en serà el propietari el cònjuge adquirent, si la contraprestació en l'adquisició onerosa prové de l'altre cònjuge: en aquest cas, es generen dos tipus de relacions: la primera, la de donació de l'adquirent que ha rebut la contraprestació de l'altre cònjuge que li ha facilitat; la segona, l'adquisició

Creiem que la relació entre el vigent article 12 i els articles 39 i 40, tots del Codi de família, s'ha de continuar analitzant a l'empara del seu distint àmbit d'eficàcia. Així, si es tracta d'una adquisició onerosa realitzada dins del període sospitós pel cònjuge del concursat, jugarà a favor dels creditors la presumpció de donació *ex* article 12 CF. Una altra cosa serà que la prova que pugui aportar el cònjuge no adquirent, acreditativa que el lliurament previ dels recursos que ell va fer a favor del seu cònjuge va ser a títol oneros, serveixi, d'una banda, per a enervar aquella presumpció i, de l'altra, per a fer valer, enfront de l'adquirent, el seu dret al reemborsament de la dita quantia.

5.3. L'ARTICLE 12 DEL CODI DE FAMÍLIA I L'ARTICLE 78.1 I 2 DE LA LLEI CONCURSAL

Resta per analitzar la relació apreciable entre els articles 12 CF i 78 LC; i, més enllà, les conseqüències concursals del que s'estableix en l'article 12 CF.

5.3.1. *La qüestió competencial i la llei aplicable*

Al nostre entendre, l'article 78.1 i 2 LC no conté una norma de naturalesa concursal, sinó una norma d'indubtable naturalesa civil que incideix de ple en els efectes patrimonials que se segueixen del règim econòmic matrimonial de separació de béns.¹¹⁴ Des d'aquesta perspectiva, l'establiment i la configuració de la presumpció de donacions entre cònjuges a Catalunya cau de ple en l'àmbit de la competència legislativa autonòmica en matèria civil (art. 149.1.8 Constitució espanyola i 9.2 Estatut d'autonomia). Així doncs, en cas de concurs d'una persona casada sotmesa al règim econòmic matrimonial de separació de béns re-

realitzada pel cònjuge donatari de la contraprestació, que es consolida en el patrimoni d'aquest darrer; per tant, la donació de la contraprestació no fa que allò adquirit esdevingui propietat del donant en virtut del principi de subrogació ja que el donatari ha esdevingut veritable propietari en virtut de la donació i, per tant, propietari d'allò adquirit. En qualsevol cas, però, la presumpció de donació de la contraprestació facilita la prova als efectes d'allò que es preveu a l'article 18.2 [...].»

Antoni Mirambell Abancó (comentari a l'article 21, p. 194) assenyala merament: «[...] D'altra banda, aquesta presumpció de donació restarà sotmesa al mateix règim jurídic que s'estableix a l'article 18.1, final, i en relació als creditors, al que s'estableix a l'article 18.2 en cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges [...].»

114. En el mateix sentit, Maria YSÀS I SOLANES, comentari a l'article 23, p. 326. Vegeu, sobre la qüestió, Encarna ROCA TRIAS, «El concurso del deutor», p. 129.

gulat en el dret civil català (art. 37 i seg. CF), la presumpció de donacions entre cònjuges serà la prevista en l'article 12 CF, i no pas la que estableix l'article 78.1.2 LC (arg. *ex art.* 9.2 i 16.3 CC).^{115, 116}

Creiem que l'article 12 CF es veurà afectat només en un aspecte no tant per l'article 78 LC com per la unificació de procediments i la desaparició de l'anomenada *retroacció de la fallida* que instaura la nova legislació concursal (arg. *ex* disposició addicional primera, regla segona). Des d'aquesta perspectiva, deixen de tenir sentit l'alternativa «fallida o concurs» amb què comença el precepte i la menció a «la data de la retroacció». La presumpció només afectarà, en cas de *concurso*, les adquisicions produïdes durant l'any anterior a la declaració del concurs.¹¹⁷

Al marge d'això anterior, la comparació entre ambdues normes deixa traslluir diferències irreconciliables: l'article 78 LC fa recaure la presumpció sobre la contraprestació satisfeta i per això mateix deixa fora del seu àmbit d'aplicació les adquisicions oneroses procedents del concursat. Això no passa en l'article 12 CF, que presumeix donat el bé adquirit.

5.3.2. *El règim concursal de les donacions presumptes ex article 12 del Codi de família*

Les donacions presumptes *ex article 12 CF* són inoposables als creditors, com tota donació perjudicial per als seus interessos, a l'empara del tercer paràgraf de l'article 340 CDCC.¹¹⁸ A més, atenent la seva operativitat en cas de concurs, serà aplicable el règim de la reintegració concursal (art. 71.1 i 2 LC): els actes dispositius gratuïts es presumeixen, *iuris et de iure*, perjudicials per a la

115. Sobre la competència legislativa que legitima l'Estat per a dictar la Llei concursal, vegeu la disposició final trenta-dosena de la Llei i l'esmena d'addició, rebutjada, que va ser presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió (esmena núm. 579, al *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», VII legislatura, sèrie A, de 2 de desembre de 2002, número 101-5, pàgina 314).

116. Defensava, a l'empara de l'Avantprojecte de llei concursal de 1995, que l'article 79 d'aquell text no podia afectar l'article 12 CF, Matilde CUENA CASAS, *La protección de los acreedores*, p. 212-213.

117. En la Llei concursal, com és sabut, la derogada institució de la retroacció de la fallida ha donat pas a la rescindibilitat dels actes perjudicials per a la massa realitzats durant els dos anys anteriors a la declaració del concurs. Creiem que només el legislador català pot, si escau, omplir el buit deixat en l'article 12 CF per la derogació tàcita de la menció a la data de la retroacció, i establir un altre termini. Per aquesta mateixa raó, entenem que aquesta tasca no pertoca a l'interpret que, si arriba el cas, podria intentar suplir aquella menció aplicant per analogia el termini dels dos anys de l'article 71 de la Llei concursal.

118. Vegeu, per tots, Antoni VAQUER ALOY, «Inoponibilidad y acción pauliana», p. 1541 i seg.

massa, i per això són rescindibles. Interessa en aquest punt, simplement, fer notar la similitud entre ambdues mesures pel que fa a l'absència, en ambdós casos, d'ànim fraudulent. Més enllà, la diversitat dels efectes que se segueixen d'un i altre mecanismes obeeix a la diferència elemental que hom pot apreciar entre rescindir un acte (art. 73 LC) i declarar-lo, simplement, ineficax o inoposable enfront del perjudicat.¹¹⁹

El nou règim concursal obliga a concloure amb una darrera reflexió en matèria de contractació entre cònjuges. Com és sabut, l'article 73.1.1 LC presumeix perjudicials per a la massa els actes onerosos celebrats entre cònjuges. El precepte afecta, exclusivament, les disposicions realitzades dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs (art. 71.1 LC). Si es tracta d'una adquisició onerosa procedent del concursat i feta pel cònjuge dins de l'any anterior a la declaració del concurs, l'article 12 CF ens condueix fins a l'aplicació de l'article 71.2 LC, relatiu a la rescindibilitat dels actes dispositius gratuïts. Si es tracta d'una adquisició procedent del concursat i duta a terme dins del segon any anterior a la declaració, pertocarà als cònjuges acreditar-ne el caràcter oneros quan se n'al·legui la gratuïtat (art. 11 CF). El que succeirà ara és que, un copurada l'onerositat, això no servirà, per si mateix, per a traslladar als creditors la càrrega de provar la naturalesa fraudulenta del negoci oneros. L'article 71.1.3 LC, que prescindeix de l'ànim defraudatori, continuarà presumint perjudicial el negoci que s'ha aconseguit provar que era oneros: pertocarà als cònjuges acreditar el no-perjudici.

Fora d'això, l'article 11 CF afavoreix o facilita la rescissió dels actes gratuïts, ja que ajuda els creditors a l'hora de determinar la dita gratuïtat. Com s'ha assenyalat reiteradament, en tot procés per simulació el precepte inverteix la càrrega de la prova.

119. Vegeu, per tots, Antoni VAQUER ALOY, «From revocation to non-opposability», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER ALOY i Santiago ESPIAU ESPIAU, *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 199 i seg.