

EL PROBLEMA QUE PLANTEAN LAS
CUENTAS DE TITULARIDAD
INDISTINTA EN LA LEY CONCURSAL.

ESPECIAL REFERENCIA AL CONCURSADO
CASADO

ÍNDICE

I - INTRODUCCIÓN.....	3
II - TITULARIDAD DE LA CUENTA.....	3
II. a) La relación externa entre la entidad bancaria y los cotitulares.....	5
II. b) La relación interna entre los cotitulares y su facultad de disposición de la cuenta de titularidad indistinta.....	8
III - ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD BANCARIA ANTE DETERMINADAS VICISITUDES QUE PUEDEN AFECTAR A LAS CUENTAS DE TITULARIDAD INDISTINTA CUANDO EL AFECTADO ES SÓLO UNO DE LOS TITULARES...	9
III. a) La compensación de créditos que ostenta la entidad bancaria frente a uno solo de los titulares indistintos.....	9
III. b) El embargo de la cuenta de titularidad indistinta por deudas de uno solo de los titulares.....	10
IV - ARTÍCULO 79 DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL: CUENTAS INDISTINTAS.....	12
IV. a) Antecedentes.....	12
IV. b) Elementos subjetivos.....	13
IV. c) Elementos objetivos.....	13
IV. d) Momento de verificación del saldo y propiedad del mismo.....	14
IV. e) Presunción de titularidad exclusiva.....	16
IV. f) La prueba en contrario.....	18
IV. g) Otras modalidades de cuenta pluripersonal.....	23
V - EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 9/1998, DE 15 DE JULIO, DEL CÓDIGO DE FAMILIA CATALÁN.....	23
V. a) El embargo de cuentas de titularidad indistintas conyugales.....	23
V. b) El régimen jurídico concursal de las cuentas de titularidad indistinta.....	25
VI - BIBLIOGRAFÍA.....	27

I - INTRODUCCIÓN

Antes de poder ahondar en el tratamiento que de las cuentas indistintas, y en concreto de sus fondos, hacen la Ley Concursal (artículo 79 de la Ley Concursal) y por consiguiente los Jueces de lo Mercantil al resolver un proceso concursal, será necesario aclarar cuáles son las particularidades de dichas cuentas, apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las mismas. De este modo será más sencillo poder exponer los problemas que plantea la redacción del artículo 79 e intentar aportar posibles soluciones a los mismos.

II - TITULARIDAD DE LA CUENTA

El que las cuentas bancarias puedan contar con una pluralidad de titulares ha generado una serie de problemas. Para analizar el punto central de la problemática originada por estas cuentas de titularidad indistinta hay que diferenciar, de un lado, las relaciones internas que unen a los cotitulares, determinando la propiedad del saldo de la cuenta, y de otro lado, la relación externa entre la entidad bancaria y los cotitulares, que vendrá determinada por el contrato que hayan estipulado.

El pacto por el que se determine la titularidad establecerá cómo se va a organizar la disposición de los fondos de la cuenta. El Banco de España, en su página WEB¹, en relación a las cuentas con pluralidad de titulares, señala que atendiendo a su régimen de disposición podrá distinguirse, por un lado las cuentas indistintas o solidarias, que “son aquellas en que cada uno de los contratantes puede disponer como si fuera el único titular, sin precisar el consentimiento del resto [(salvo que se hubieran establecido límites a la facultad de disposición); de modo que] la entidad de crédito está obligada a atender las órdenes emitidas por cada uno de ellos, dentro de los límites del contrato; [y] en consecuencia, ningún titular podrá pedir responsabilidades por atender instrucciones de los otros”. Y por otro lado, las cuentas “conjuntas o mancomunadas, son aquellas en las que los titulares, aunque pueden efectuar por si solos ingresos en cuenta, necesitan el consentimiento de los demás para poder efectuar reintegros u operaciones que disminuyan el saldo; [de manera que] las entidades de crédito deben cuidar que no se produzca ninguna disposición de fondos sin que conste el consentimiento expreso de los titulares necesarios”. “Caso de no establecerse previsión contractual alguna sobre el régimen de disposición al abrir una cuenta plural, debería entenderse que es una cuenta conjunta, por aplicación de las normas civiles para las obligaciones plurales establecidas en el artículo 1137 del Código Civil”.

Como señaló la Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de julio de 1988, Fundamento de Derecho Primero, “las cuentas bancarias colectivas pueden funcionar como cuenta conjunta sometida al régimen de mancomunidad, o como cuenta indistinta sometida al régimen de la solidaridad activa lo cual permite –en este último supuesto– disponer o retirar los fondos, en todo o en parte, sin necesidad de la concurrencia del otro u otros, e incluso después de su muerte, ya que la obligación constituida con el carácter de solidaria no cambia de naturaleza, trocándose en mancomunada simple, por el sólo hecho del fallecimiento de uno de los titulares del

¹ Información extraída de la Página WEB del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el 25 de marzo de 2010 de http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/criterios/dep_cuent.html

depósito, sin perjuicio del derecho de sus herederos a formular oposición y de las normas protectoras de los intereses fiscales del Estado”.

Por lo establecido en el art. 1137 C.c. (presunción de mancomunidad), de no haberse señalado cuál es la forma de disposición con la que cuentan los titulares (situación muy improbable), deberá entenderse que no existe solidaridad entre los titulares. Sin embargo, este criterio se ha visto matizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en su STS 288/1997, de 12 de mayo, la cual sigue la doctrina ya asentada en la STS 144/1987, de 12 de marzo, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo advierte de la existencia de la doctrina por la que la Sala señala que “aun cuando evidente es que la solidaridad constituye una norma drástica y exigente que requiere una manifestación expresa, ello no impide que su apreciación exija ineludiblemente una constatación escrita cuando las características de la obligación permitan deducir la voluntad de los interesados de crear una obligación generadora de esa responsabilidad solidaria”. Tal como señala FERRANDO VILLALBA, M^a L.² esta posición jurisprudencial se encuentra consagrada en otros ordenamientos, como es el caso del italiano, cuyo art. 1854 del *Codice civile* establece que, si en el contrato se prevé expresamente que los titulares pueden actuar por separado, se considerarán por ley acreedores solidarios, aun cuando tal calificación no haya sido atribuida con carácter expreso. Se trata propiamente de una presunción normativa de solidaridad.

Tanto en el caso de disposición indistinta como en el de disposición conjunta, los cotitulares están legitimados para reclamar la restitución del saldo de la cuenta, o para disponer de parte del mismo durante la vida del contrato. Sin embargo, estas facultades de disposición no presuponen una comunidad de dominio sobre las cantidades contenidas en la cuenta. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de junio de 1996, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto expuso que “la tesis de la sentencia recurrida no puede ser aceptada, ya que sostiene que el solo hecho de abrir la cuenta de forma indistinta produce el efecto de atribuir lo depositado por partes indivisas a sus titulares aunque las aportaciones fueran hechas por uno sólo de ellos. La doctrina de esta Sala, recogida en la Sentencia de 8 febrero 1991, niega que ello sea así, que la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta «pero no determina, por sí sólo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta»”.

Como se señala en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS 892/1996, de 31 de octubre, “la inexistencia de condominio o de la titularidad exclusiva del capital y a favor de uno solo de los titulares bancarios, por ser quien llevó a cabo los depósitos con dinero de su propiedad, viene fijada por las relaciones internas entre los interesados y necesita la correspondiente prueba acreditativa de esta situación dominical (Sentencias de 23 mayo 1992, 15 julio y 15 diciembre 1993, 19 diciembre 1995 y 7 junio 1996)”. En caso de que los titulares no puedan probar la exclusiva propiedad de las cantidades depositadas o la proporción que les corresponda del saldo existente en la cuenta, deberá aplicarse la presunción, *iuris tantum*, de propiedad por partes iguales que se desprende

² FERRANDO VILLALBA, M^a L., *Titularidad indistinta de cuentas bancarias*, pág. 13.

de los arts. 393 y 1138 del Código Civil³. Sin embargo, tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia, dicha presunción no puede ser aplicada automáticamente por las entidades de crédito.

Pese a lo dicho por la Sala 1ª, la Sala 2ª no parece tener tan clara esta distinción, pues en varias ocasiones ha negado que el titular de una cuenta indistinta pueda ser culpable de un delito de apropiación indebida. Valga de ejemplo la STS de 11 de julio de 1988 en cuyo Fundamento de Derecho Segundo señala que “si la facultad de disposición indistinta –que es la única afirmación fáctica– no es suficiente para deducir la existencia de una copropiedad sobre el dinero depositado, y las presunciones citadas no son útiles a tal fin, es imposible afirmar una disposición –apropiación– en todo o en parte de cosa común, por la potísima razón de que se ignora si el acusado ha sobrepasado la cuota, porción, parte o interés que le correspondía; y en este sentido, las Sentencias de 7 de julio de 1960, 17 de junio de 1964 y 14 de diciembre de 1972 rechazan la existencia de apropiación indebida, en supuestos de cotitularidad de libretas de ahorro, fundándose en la indeterminación de las cuotas ideales, propia y ajena.”

II. a) La relación externa entre la entidad bancaria y los cotitulares

La cotitularidad indistinta conlleva el que se otorgue a cada uno de los cotitulares la facultad de disponer de los saldos que arroje la cuenta, ahora bien, las facultades dominicales no pueden verse afectadas por las facultades dispositivas. Precisamente por ello es fundamental la recíproca confianza entre los titulares de la cuenta, siendo un aspecto fundamental del pacto de cotitularidad el carácter *intuitus personae*. Especialmente si tenemos en consideración que alguno de los titulares podrá disponer de activos de los cuales no sea propietario real. No obstante, no hay que olvidar que las facultades de disposición con las que cuentan los cotitulares de la cuenta indistinta pueden ser objeto de limitaciones (temporales, cuantitativas...), siempre y cuando tales limitaciones queden amparadas por el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1255 del Código Civil, por lo que no pueden ser contrarias a las leyes, a la moral o al orden público. Valga de ejemplo de limitación temporal a uno de los cotitulares la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero 1984.

Parte de la doctrina⁴ ve, en las cuentas corrientes bancarias de titularidad indistinta, una aplicación práctica de la institución de la solidaridad activa, considerando que el crédito existente entre los cotitulares frente a la entidad de crédito reúne las características de un crédito solidario, en el que cada uno de los acreedores (los titulares de la cuenta indistinta), al actuar individualmente, se haya facultado para exigir y recibir del deudor (la entidad bancaria) la totalidad de la prestación debida, y al pagar a uno solo de los acreedores, el deudor se ve enteramente liberado de la obligación. La entidad

³ Éste criterio también es seguido por el art. 171.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el cual establece que “cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente”.

⁴ FERRANDO VILLALBA, Mª L, *Titularidad indistinta de cuentas bancarias*, menciona en la página 16 a Garrigues, Díez-Picazo, y a Valpuesta Gastaminza.

de crédito, deudor⁵ del saldo que arroja la cuenta de titularidad conjunta, tiene ante sí a dos o más acreedores solidarios, los titulares de la misma, ya que cada uno de ellos tiene por sí solo derecho a pedir la prestación debida, ya sea de modo parcial o total; y mientras la entidad bancaria se atenga a lo contractualmente pactado, no asumirá responsabilidad alguna por atender las órdenes recibidas, sin que, igualmente, ningún titular de la cuenta pueda escapar a las consecuencias de su debida ejecución.

En esta misma línea, en la Sentencia de 7 de julio de 1992, en su Fundamento de Derecho Segundo, el Tribunal Supremo declaró que “[es] doctrina de esta Sala [] que en los depósitos bancarios indistintos de dinero son de aplicación las reglas de la solidaridad activa de los depositantes o imponentes frente a la entidad depositaria”. “La equidad no puede servir de ariete destructor del sistema jurídico establecido por el Código Civil respecto a la solidaridad; es simplemente un criterio a tener en cuenta en la aplicación de las leyes, pero no para fundar sobre ella ninguna solución jurídica salvo cuando el legislador lo permita expresamente (art. 3.º 2 del Código Civil)”. “[...] Es inadmisibles sostener que la solidaridad activa desaparece con la muerte de uno de los acreedores; ningún precepto legal lo establece ni se deduce de la reglamentación legal de la solidaridad. [] Porque esa solución equitativa es contraria a la misma naturaleza de estos depósitos indistintos, en los que cada uno (o sus herederos) tienen derecho al todo frente a la entidad depositaria, sin perjuicio de que entre ellos puedan dilucidar a quién pertenecen las sumas depositadas, retiradas o no”. En la mentada sentencia, el Alto Tribunal encontró la solución al problema “en la normativa del derecho sucesorio, concretamente en el art. 661 del Código Civil”.

Pese a lo anteriormente señalado, FERRANDO VILLALBA, M^a L⁶, advierte que “la solidaridad activa tal como se describe en el Código Civil no parece una institución demasiado adecuada atendiendo al contenido contractual de la cuenta corriente bancaria con titularidad indistinta” y, citando a MUÑOZ-PLANAS⁷, señala que debe destacarse “la imposibilidad de la entidad depositaria de liberarse de su obligación de restituir los fondos depositados (cuya propiedad ha adquirido) por propia iniciativa, escogiendo ella además a cuál de los cotitulares realiza la entrega (salvo en el supuesto de reclamación judicial del art. 1142 del Código Civil). Ello se debe a que en la cuenta corriente bancaria [...] es el acreedor quien solicita la restitución del saldo, pudiendo, por lo demás realizar una retirada parcial, no íntegra, del importe depositado.”

Además, FERRANDO VILLALBA, M^a L⁸, continúa señalando que “las normas reguladoras de los créditos solidarios se establecen a favor del deudor y no son, por lo tanto, compatibles con la finalidad de la cuenta corriente bancaria indistinta, en cuyo seno el otorgamiento de facultades de disposición con aquel carácter se establece exclusivamente en beneficio de los depositantes (acreedores frente a la entidad de crédito del saldo que arroja la cuenta), y sin que la entidad crediticia tenga tampoco deseos de liberarse, sino que, muy al contrario, lo que pretende es el mantenimiento o, incluso, en el supuesto de imposiciones a plazo, su renovación llegado el vencimiento.

⁵ Por lo establecido en el art. 1142 del Código Civil, “el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago”.

⁶, ⁷, ⁸ y ¹⁰ FERRANDO VILLALBA, M^a L, *Titularidad indistinta de cuentas bancarias*, pág. 18.

Por otra parte [...] dentro del «servicio de caja» se incluyen numerosas actividades que deberá realizar en beneficio de los cuentacorrentistas y que exceden con mucho de la simple actividad de custodia de fondos y restitución del saldo”. En tal sentido cabe citar la STS 734/1993, de 15 de julio⁹.

También, hay que tener en cuenta que, como señala FERRANDO VILLALBA, M^a L,¹⁰ “nuestro ordenamiento contempla el fenómeno de la solidaridad activa de forma general en el Código Civil, pero centrándose en el aspecto de la extinción de la obligación, sin ocuparse de la ejecución del contrato [...]. De ello puede derivarse la falta de idoneidad de una regulación tan general a contratos con los caracteres propios de las cuentas bancarias y que no concuerdan con el esquema general recogido en el Código”.

Finalmente, apoyando la opinión de FERRANDO VILLALBA, M^a L, nos encontramos con que el Banco de España, en sus criterios de buenas prácticas bancarias¹¹, señala que “cuando nos encontramos ante una cuenta corriente o de ahorro, de duración indefinida [no ocurre lo mismo con las imposiciones a plazos], abierta a nombre de varias personas [como es el caso de las cuentas de titularidad indistinta], se necesita para su cancelación la concurrencia del consentimiento de todos aquellos que lo hubieran prestado para su apertura, con independencia del régimen de disposición de la cuenta y de la posibilidad de que siendo solidario o indistinto, cualquiera de los titulares pudiese hacer una disposición por el saldo total de la cuenta. Esto es así, ya que la disposición total del saldo no lleva implícita la cancelación, pues podrá continuar en vigor una cuenta aunque en algún momento no presente saldo positivo. [...] Asimismo, resultaría acorde con las buenas prácticas bancarias que las entidades pusieran tal circunstancia en conocimiento de los restantes cotitulares indistintos, ya que se trata, en definitiva, de una modificación contractual que debe ser conocida por estos”. No obstante, téngase en cuenta que lo señalado por el Banco de España no deja de ser una recomendación, sin que implique obligación de cumplimiento.

⁹ La STS 734/1993, de 15 de julio, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala que “ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene y que encuentra causa, tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero, como de créditos que el Banco concede a los clientes. Su autonomía la decide al salir del círculo Banco-cuenta correntista, para realizarse mediante la misma operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la Orden de 12-12-1989, a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados, en favor o en contra, comisiones y demás autorizados.

En los casos de titulares plurales, como el que se enjuicia, ha declarado esta Sala que el mero hecho de la apertura de una cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas, lo único que comporta *«prima facie»*, como norma general, es que cualquiera de dichos titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades respecto al saldo que arroje la cuenta, pero no determina un condominio sobre dicho saldo, ya que esto vendrá precisado únicamente por las relaciones internas que medien entre dichos titulares bancarios [SS. 24-3-1971, 19-10-1988, 8-2-1991, y 23-5-1992]”.

¹¹ Información extraída de la Página WEB del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el 25 de marzo de 2010 de http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/criterios/dep_canc.html

II. b) La relación interna entre los cotitulares y su facultad de disposición de la cuenta de titularidad indistinta

La legitimación para disponer de la cuenta indistinta debe encuadrarse dentro de la relación externa de los cotitulares frente a la entidad bancaria; debiendo quedar claro que por el mero hecho de abrir una cuenta corriente indistinta, no varía la titularidad de los fondos depositados en ella. Esta titularidad “no prejuzga la «propiedad» de los actos contenidos en la cuenta; la cuenta indistinta facilita a sus titulares exclusivamente la disponibilidad de los fondos que existan en ella, por lo que su eficacia se despliega en el orden jurídico-obligacional, sin consecuencias aparentes en lo que atañe a la esfera jurídico-real”¹².

La determinación de la propiedad dominical de los fondos es una cuestión ajena a las relaciones externas que unen a la entidad bancaria con los titulares de la cuenta indistinta, por consiguiente, deberá determinarse atendiendo a las relaciones internas entre estos últimos, siendo resuelta por los tribunales en última instancia. En tal sentido, nos encontramos con la declaración del Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Segundo de su Sentencia de 19 de octubre de 1988, en la cual señaló que “como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 24 de marzo de 1971, los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre lo depositado, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre su propiedad y pueda demostrarse que el objeto del depósito pertenece a uno de los depositantes, que es lo sucedido en el presente caso”

Como paradigma en relación a la determinación del dominio sobre los saldos habidos en una cuenta de titularidad indistinta nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991, cuyo Fundamento de Derecho Tercero advierte que “el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos (o más) personas, como norma general lo único que comporta *«prima facie»*, en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”.

La Sentencia de 15 de diciembre de 1993, a raíz de lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1991 declaró que, ello “permite que pueda decretarse la exclusión y ajenidad de quien sólo figura como titular bancario y no demostró tener participación personal y directa en la propiedad del dinero depositado, conforme sucede en el caso de autos”.

Siguiendo lo establecido por la Sentencia de 1991, nos encontramos con muchas otras como la STS 526/2000, de 29 de mayo, la STS 1040/2003 de 12 de noviembre o la STS109/1995 de 19 de diciembre, la cual además señaló que “ha de tenerse en cuenta que si bien figuran en esta clase de negocios unos titulares, que podemos denominar “titulares bancarios”, ello sólo significa que esta circunstancia es más bien operativa

¹² FERRANDO VILLALBA, M^a L, *Titularidad indistinta de cuentas bancarias*, citando a EMBID IRUJO, pág. 23

para la dinámica del contrato, lo que influye y determina "*prima facie*", en lo referente a las relaciones del depósito que se lleva a cabo, es que cualquiera de dichos titulares ostenta facultades de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero no establece la existencia de un condominio y menos por partes iguales, ya que éste lo fija las relaciones internas de los titulares y más concretamente en razón a la originaria pertenencia de los fondos depositados".

Por consiguiente, el único efecto que la cotitularidad puede tener de cara a la determinación de la propiedad de los saldos existentes en la cuenta de titularidad indistinta es el que derivaría de la mera apariencia al aplicar la presunción de copropiedad contenida en los artículos 393¹³ y 1138¹⁴ del Código Civil. Presunción *iuris tantum* que en todo caso admite prueba en contrario, pudiendo destruirse mediante la prueba de la propiedad exclusiva de uno o algunos de los cotitulares o por la copropiedad en distinta proporción, y no así por partes iguales.

III - ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD BANCARIA ANTE DETERMINADAS VICISITUDES QUE PUEDEN AFECTAR A LAS CUENTAS DE TITULARIDAD INDISTINTA CUANDO EL AFECTADO ES SÓLO UNO DE LOS TITULARES

III. a) La compensación de créditos que ostenta la entidad bancaria frente a uno solo de los titulares indistintos.

Cabe plantearse si es posible proceder contra el saldo positivo que arroje una cuenta de titularidad indistinta, para compensar un crédito derivado de una cuenta o de una operación activa que la entidad crediticia disponga contra uno de los titulares indistintos. Realmente, el problema de la propiedad de los saldos no impide que la entidad bancaria pueda proceder a la señalada compensación, ya que el titular deudor del mentado crédito, el cual ostenta frente a la entidad únicamente una facultad de disposición que no prejuzga la propiedad de los fondos, deberá responder, en su caso, del reembolso de las cantidades correspondientes que hayan sido objeto de compensación, en la relación interna frente a los restantes titulares. Es más, en la práctica bancaria, entre el clausulado contractual que integra el contrato estipulado con la entidad crediticia, habitualmente se establece un pacto expreso de compensación.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 abril 1988, señaló en su Fundamento de Derecho Segundo que "el Banco queda facultado, si así le conviniere, para efectuar traspasos de las cuentas acreedoras a las deudoras, ya que se considerarán como una sola las diversas posiciones del cliente, entendiéndose que las acreedoras garantizan a las deudoras». [... La] estipulación que atribuye y encierra en sí misma una

¹³ El art. 393 C.c., al tratar la comunidad de bienes, señala que "el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad".

¹⁴ Por su parte el art. 1138 C.c., al tratar de las obligaciones mancomunadas y solidarias dice que: "si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo [1137] no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros".

facultad compensatoria en favor del Banco, ha de interpretarse en sus propios términos y en cuanto significa y representa una posición privilegiada para una de las partes contratantes no es susceptible de ampliación o extensión, conforme a lo dispuesto en los artículos 1281, 1283, 1285 y 1288 del Código Civil en relación con lo previsto en los artículos 50 y 57 del Código de Comercio; por consiguiente no es dable contractualmente hacer uso de la facultad compensatoria que unilateralmente se reconoce en favor del Banco para «efectuar traspasos de las cuentas acreedoras a las deudoras» más allá o fuera de aquellas operaciones bancarias que entrañen o supongan un depósito de numerario, cualquiera que sea la clase de éste”.

Al respecto cabe plantearse una última cuestión, que simplemente dejaremos apuntada, pues su estudio nos desviaría del tema esencial de este trabajo, y es la de la posible calificación como cláusulas abusivas, conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE¹⁵ sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, pues dentro de la definición que contiene el mentado artículo, no cabe duda de que podrían entrar aquellas cláusulas de compensación genérica, contenidas en los formularios contractuales, que permiten en todo caso su realización a la entidad de crédito, sin previo aviso ni conocimiento por parte del cliente de con qué fondos o contra qué cuentas se va a realizar la compensación.

III. b) El embargo de la cuenta de titularidad indistinta por deudas de uno solo de los titulares.

El titular de una cuenta indistinta puede contraer obligaciones con terceros, los cuales en caso de no ver satisfechos sus créditos, pueden proceder en ejecución contra los saldos existentes en las cuentas respecto de las cuales el deudor aparezca como titular, aun cuando éstas sean colectivas y concretamente en el caso que nos ocupa, indistintas. En estos casos, la entidad de crédito se ve involucrada en la determinación de la propiedad de los fondos existentes en la cuenta, cuestión que debería permanecer completamente ajena a la entidad, por corresponder a las relaciones internas de los titulares.

Al respecto, el principal punto de discusión a aclarar es el de si la condición de crédito solidario que tiene el saldo de la cuenta legitima al acreedor de uno de los titulares indistintos para solicitar el embargo del saldo total de la misma.

En varios de los preceptos del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, se establecía el embargo de todos los saldos correspondientes a un deudor, llegando a permitir incluso el embargo de la totalidad de los saldos existentes en cuentas de titularidad indistinta, pese a que el deudor únicamente fuera uno de los titulares indistintos. Muchos de estos preceptos vieron suspendida su eficacia debido a los recursos contencioso-administrativos planteados por la Asociación Española de Banca Privada y la Confederación Española

¹⁵ El art. 3. 1 de la Directiva señala que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, advirtiendo el apartado segundo del mismo artículo que “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión [...]”.

de Cajas de Ahorros, los cuales fueron estimados por las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de octubre de 1994 respectivamente. Ambos recursos, en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, respectivamente, señalaron que “el precepto que estamos examinando prescinde de este conjunto de normas y permite embargar saldos de quien no es deudor y ni siquiera es propietario de un saldo, sino solamente titular de una facultad de disposición de unos bienes, cuya propiedad puede incluso ser reclamada frente a quien disponga de la totalidad del saldo, sobre el que, salvo prueba en contrario, sólo tiene una facultad de mera disposición. Y como ese permiso para embargar se contiene en un precepto con rango de mero Reglamento, carece de una ley que le otorgue la cobertura debida, y además, infringe normas con rango de Ley”.

Debido a tales recursos se llevó a cabo una modificación del Reglamento General de Recaudación y de otras disposiciones fiscales mediante el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo. De tales modificaciones nos interesa especialmente la del art. 120.4 a)¹⁶ del Reglamento General de Recaudación, el cual hace referencia a las cuentas de titularidad indistinta, presumiendo *iuris tantum* que el saldo corresponde en tantas partes iguales como titulares indistintos existan. Por consiguiente, se brinda al cotitular no deudor la posibilidad de poder probar que éstos le pertenecen, puesto que no cabe que por medio de la subrogación del acreedor en los derechos del deudor, cotitular de la cuenta indistinta, el acreedor se vea legitimado para el embargo de bienes ajenos a su deudor.

Actualmente, el art. 120 de del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, ha sido sustituido por el art. 79 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Desgraciadamente, el art. 79 ya no contiene mención alguna respecto de las cuentas de titularidad indistinta.

En la práctica bancaria, se recurre automáticamente a la presunción de copropiedad, ya que la entidad de crédito no tiene cómo saber cuál es la propiedad efectiva de los fondos depositados por los titulares en la cuenta. No obstante, al notificarse el embargo de los fondos a los cotitulares inmediatamente, estos cuentan con la oportunidad de acreditar ante la Administración u órgano judicial embargante su propiedad exclusiva, o la proporción que realmente les corresponde, la cual es distinta a la que les corresponde mediante la aplicación de la presunción.

En relación a la notificación del embargo, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha señalado que “sobre este punto, la normativa de recaudación determina que es el organismo embargante el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo. No obstante, habida cuenta las incidencias que pueden existir en las notificaciones, es recomendable que las entidades comuniquen

¹⁶ El art. 120.4 a) del Reglamento General de Recaudación señala que “cuando el dinero se encuentre depositado en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al titular deudor a la Hacienda Pública. A estos efectos: a) Si las cuentas son de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario, habitualmente denominadas cuentas indistintas, el embargo podrá alcanzar a la parte del saldo correspondiente al deudor conforme a una regla de división del mismo en partes iguales entre los titulares de la cuenta, salvo que de los términos del contrato se desprenda otra cosa o que se pruebe una titularidad material de los fondos diferente”.

a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la ley les confiere para oponerse a la ejecución del embargo”.¹⁷

Si el embargo judicial recayese sobre una cuenta de titularidad indistinta debido a deudas de uno o varios de los titulares de la misma, pero no de todos ellos, la entidad crediticia puede solicitar instrucciones al órgano judicial indicando tal circunstancia, debiendo retener¹⁸, mientras tanto, el saldo existente en la cuantía suficiente para poder cubrir el importe total a embargar. Si por instrucciones del órgano judicial debiera retenerse la totalidad del saldo, deberá notificarse a los cotitulares tal circunstancia para que puedan interponer las acciones oportunas.

En todo caso, no cabe que la entidad crediticia pueda generar un descubierto en una cuenta corriente, tenga ésta uno o más titulares, por el hecho de proceder a un embargo, pues si en una cuenta corriente no existe saldo suficiente, es porque no hay dinero bastante susceptible de ser embargado. En tal sentido, aunque refiriéndose a descubiertos originados por el otro cotitular, se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 1991 al señalar en su Fundamento de Derecho Primero que “resulta evidentemente inadmisibles que en una cuenta, aunque sea indistinta o solidaria, cuando presenta un saldo deudor, pueda el Banco cargar nuevas cantidades adeudadas por uno de los titulares obligando al otro a hacer efectivos los correspondientes importes en virtud de la solidaridad derivada del mero hecho de ser asentadas en aquélla”.

IV - ARTÍCULO 79 DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL: CUENTAS INDISTINTAS

IV. a) Antecedentes

En la Sección Primera del Capítulo II, de la determinación de la masa activa, del Título IV, relativo al informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso, nos encontramos con el artículo 79¹⁹ de la Ley Concursal el cual hace referencia a las cuentas de titularidad indistinta.

¹⁷ Información extraída de la Página WEB del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el 25 de marzo de 2010 de http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/criterios/dep_emb.html

¹⁸ En la Página WEB del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (información extraída el 25 de marzo de 2010 de http://www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/criterios/dep_emb.html) se advierte que “en ocasiones las entidades no cumplen los requerimientos señalados en el Reglamento General de Recaudación, omitiendo la previa retención de los fondos durante el plazo previo de 20 días establecido y permiten al titular disponer de la cuenta en ese periodo. Esto origina que al llegar el momento de practicar el adeudo definitivo del embargo, la cuenta carece de saldo suficiente y se genera un descubierto. Esta actuación, evidentemente incorrecta, motiva un pronunciamiento desfavorable del Servicio de Reclamaciones”.

¹⁹ El art. 79 L. Con. establece que “1. Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal”.

El precedente inmediato a éste artículo lo encontramos en el art. 80 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. El artículo 80 del Anteproyecto, cuyo contenido resultaba ser innovador al no existir ninguna disposición semejante en el Anteproyecto de 1983, establecía que “en caso de declaración de concurso de acreedores del titular de una cuenta indistinta, se presume que la totalidad del saldo acreedor de dicha cuenta es propiedad del deudor, salvo prueba en contrario”²⁰.

Finalmente, el Anteproyecto del 2001, y posteriormente el Proyecto de Ley Concursal del 2002, señalaron que quién debe apreciar la suficiencia de la prueba en contrario contra la presunción de total propiedad de los fondos por parte del concursado es la administración concursal. Además, también señalaron que contra la decisión de la misma cabría plantear incidente concursal. Esta pauta ha sido finalmente seguida por nuestra actual Ley.

IV. b) Elementos subjetivos

El elemento subjetivo lo componen los titulares indistintos de la cuenta bancaria, siendo necesario que uno de esos titulares sea el deudor concursado para que pueda aplicarse el artículo 79 de la Ley Concursal. La identidad de los demás titulares de la cuenta y el vínculo que les una a éstos con el titular concursado, ya sea laboral, familiar, social, etc., resultará indiferente, pese a que a nosotros nos interesen especialmente las cuentas de titularidad indistinta cuyos titulares se encuentren casados, sea cual sea su régimen económico matrimonial.

Aunque el artículo 79 L. Con. no se dirige exclusivamente al concurso de persona física, ni constituye una especialidad del régimen matrimonial del deudor concursado casado, el supuesto de hecho lo constituyen las cuentas de titularidad indistinta, las cuales se dan con frecuencia entre personas casadas, sea cuál sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan, ya que tales cuentas requieren de una especial relación de confianza.

IV. c) Elementos objetivos

Respecto a las “cuentas” a las que hace mención el artículo 79 se entiende que, son aquellas que resultan de un contrato de depósito dinerario con pacto de cuenta corriente celebrado con un Banco o una Caja de Ahorros, de modo que no se aplica a las cuentas mercantiles, ni a los supuestos de depósito no dinerario.

Por otro lado, la doctrina ha negado que las cuentas bancarias resultado de operaciones de apertura de crédito deban sujetarse al artículo 79 L. Con., ya que en tales casos no debería hablarse de “saldos acreedores” sino de “saldos disponibles”, cuya efectiva disposición generará automáticamente una deuda consistente en la devolución de lo dispuesto más los intereses correspondientes.

²⁰ La redacción del artículo ha sido obtenida de ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Pág. 167.

Pese a la inicial referencia a las “Cuentas indistintas” que lleva a cabo el precepto, el texto del propio artículo aclara que el carácter indistinto de tales cuentas no debe desprenderse de la cuenta en sí misma, sino de sus titulares indistintos. Tal como señala ARNAU RAVENTÓS, L.²¹, “el texto del artículo 79 muestra, en este punto, una cierta mejora respecto a la redacción propuesta en 1995. Se hablaba entonces del «titular de una cuenta indistinta»; ahora se alude a los «saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto» aunque, como es sabido, la rúbrica sigue refiriéndose a «Cuentas indistintas»”.

Como ya se ha dicho, en las cuentas de titularidad indistinta, cada uno de los titulares puede disponer de los fondos depositados sin necesidad de contar con la aquiescencia de los demás titulares de la cuenta, como si se tratara de un acreedor solidario, pudiendo reclamar al deudor (la entidad crediticia) uno solo de los titulares la totalidad del saldo. Las relaciones entre los titulares de la cuenta se regirán por lo que éstos hubieran pactado funcionando de modo independiente a las relaciones que puedan tener con el deudor común. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han abogado a favor de esta distinción entre los distintos niveles de relación y los distintos agentes implicados resaltando la absoluta independencia de las mismas. Recuérdese la académica distinción entre el ámbito de las relaciones externas (o de los acreedores con el deudor) y el de las relaciones internas (o de los acreedores –titulares de la cuenta– entre sí). En este último nivel, los titulares de la cuenta contarán con las acciones de reembolso, las cuales permitirán a cada titular apropiarse de aquello que le pertenece con independencia de quién reclamó los fondos legítimamente.

El artículo 79 L. Con. sólo podrá ser aplicado cuando exista un saldo positivo en la cuenta de titularidad indistinta, es decir, cuando el activo supere al pasivo, pues como se ha señalado, no puede embargarse nada donde no lo hay.

IV. d) Momento de verificación del saldo y propiedad del mismo

En relación al momento en que debe verificarse el saldo o importe de la cuenta, el artículo 79 L. Con. no hace mención alguna. Sin embargo, si se atiende a la ubicación sistemática del precepto, por lo establecido en el art. 76.1 de la Ley Concursal, parece lógico entender que deberá estarse al saldo acreedor que exista “a la fecha de la declaración de concurso”, ya que la masa activa se compone de “los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor” en ese momento.

Aquellos actos dispositivos que hubieren tenido lugar con anterioridad a la declaración del concurso quedarán sujetos al régimen de reintegración concursal establecido en los artículos 71 y ss. de la Ley Concursal, afectando a lo realizado con los fondos reintegrados, con independencia de cuál fuese el titular que los hubiera reclamado a la entidad crediticia siempre y cuando su titularidad real corresponda al concursado. Si el concursado hubiere dispuesto gratuitamente de esos fondos a favor de un tercero, tal disposición gratuita será considerada como acto perjudicial para la masa, resultando rescindible en los términos del art. 71.2 L. Con.

²¹ ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Pág. 169, pie de página 352.

Respecto a las cantidades reintegradas y dispuestas como propias por los demás titulares indistintos no concursados durante los años anteriores a la declaración del concurso, por la contundencia de la letra del art. 79 de la Ley Concursal, que se refiere a “los saldos acreedores”, es decir, existentes en positivo, y del art. 71.1, que señala que “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor” sin hacer referencia alguna a terceras personas, no cabe entender que son rescindibles. La letra de ambos artículos, al relacionarlos, cierra cualquier posibilidad a que se pueda extender, a los reintegros realizados por los demás titulares indistintos, la presunción por la que las cantidades retiradas durante los dos años sospechosos del artículo 71 pertenecían de forma exclusiva al deudor concursado.

Pero, ¿qué ocurre cuando el otro titular indistinto es el cónyuge del concursado?. Si la cuenta de titularidad indistinta fuere conyugal, para valorar la propiedad de los fondos será necesario tener en cuenta las normas sobre el régimen económico matrimonial, para los cual serían esenciales las presunciones contenidas en los artículos 1361 (presunción de ganancialidad) y 1441 (presunción de titularidad por mitad, para los casados en separación de bienes) del Código Civil, lo cual parece haber olvidado el legislador concursal, quien se ha extralimitado al presumir la titularidad exclusiva del concursado respecto del saldo acreedor existente en las cuentas de titularidad indistinta, vulnerando en cierta medida el artículo 1991 C.c. por el que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor (no su cónyuge) con todos sus bienes, presentes y futuros”.

Cuando el otro titular indistinto es el cónyuge del concursado, nos encontramos con que entran en juego los artículos 77 y 78 L. Con. El art. 78.1 L. Con., en su primer apartado, señala que “declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado”. Si tenemos en cuenta que se presume que, el saldo existente en la cuenta de titularidad indistinta pertenece en su totalidad al cónyuge concursado, deberá entenderse que la contraprestación, mediante la cual el cónyuge no concursado adquirió un bien, procede del patrimonio del mismo, lo cual permite la aplicación conjunta de los artículos 78.1 y 79 L. Con. Piénsese, por ejemplo, que el precio del bien haya sido satisfecho por el cónyuge (casado en separación de bienes y no separado) mediante una transferencia bancaria o mediante el uso de una tarjeta de crédito asociada a la cuenta de titularidad indistinta, en tal caso, es aplicable el art. 78.1 y por ende el art. 71, apartados 1 y 2 (que se refieren a las acciones de reintegración). No obstante, el éxito de la alegación dependerá de la prueba respecto de la titularidad real de los fondos, inicialmente depositados en la cuenta y posteriormente dispuestos, ya que el art. 78.1 permite prueba en contrario para desmontar la presunción.

El art. 78.1 L. Con. continúa diciendo que “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”. En relación a las cuentas de titularidad indistinta, hay que entender que el artículo hace referencia a aquellos supuestos en que, pese a poder probar que el ingreso en la cuenta lo realizó el titular no concursado, no puede probarse la procedencia del montante de la contraprestación antes de que ésta hubiese sido depositada (para posteriormente ser dispuesta) en la cuenta de

titularidad indistinta. Pues si una vez depositada tal cantidad dineraria en la cuenta, no se pudiera demostrar la procedencia del dinero, se entendería que éste es de propiedad exclusiva del concursado por la presunción establecida en el art. 78.1 *in limine*.

En el caso de que el concursado esté casado en régimen de gananciales, la cosa se complica, pues por lo establecido en el art. 77.2 “si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además (de los bienes privativos), los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado [...]”²², de modo que deberemos empezar por dilucidar si el saldo de la cuenta de titularidad indistinta es ganancial o privativo. De ser ganancial, el saldo de la cuenta se incluirá en su totalidad en la masa activa, y ello con todos los problemas e injusticias que conlleva; y de demostrarse que el saldo proviene de fuentes privativas, al igual que ocurre cuando los cónyuges están casados bajo el régimen de separación de bienes, deberá probarse en qué proporción es privativo de uno u otro cónyuge, de modo que sólo se integre en la masa activa el saldo correspondiente al concursado. Pudiendo llegarse a complicar aún más la situación cuando en la cuenta existan tanto fondos gananciales, como fondos privativos, ya sea de uno o ambos cónyuges.

Por su parte, el apartado segundo del art. 78 L. Con. establece que tales presunciones “no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

IV. e) Presunción de titularidad exclusiva

Una vez acreditada la existencia de una cuenta de la cual el concursado resulta ser titular indistinto, el saldo acreedor de la misma pasará a integrarse en la masa activa “salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal”. El artículo 79 de la Ley Concursal, al conectarse con la normativa del régimen económico matrimonial, genera una serie de conflictos; pues, de la redacción del artículo 79 se desprende que, el carácter indistinto de la titularidad de dichos saldos no es impedimento para actuar como si fueran de titularidad exclusiva del deudor concursado, de modo que la totalidad del saldo positivo de la cuenta pasará a engrosar la masa activa, formada por el conjunto de bienes y derechos del deudor (art. 76 L. Con.). De este modo, el art. 79 L. Con., al presumir²³ que el saldo acreedor de la cuenta

²² Por tanto, pese a que los bienes gananciales no pertenecen exclusivamente al deudor concursado, ni responden únicamente ante sus acreedores, serán integrados en la masa activa, siempre y cuando en el pasivo del concursado existan deudas de las cuales deban responder dichos bienes, que como se ha tratado al hilo de las clases de doctorado impartidas por la profesora CUENA CASAS, M. será siempre, por lo establecido en los artículos 1362 y ss. del Código Civil.

²³ La doctrina y la jurisprudencia entienden que el artículo 79 L. Con. encierra una presunción legal *iuris tantum*, sin embargo, literalmente no existe hecho presunto que pueda ser desvirtuado mediante prueba en contrario. La integración del saldo acreedor de la cuenta en la masa activa del concurso no constituye, rigurosamente hablando, un “hecho presunto” a partir de otro “hecho indiciario” el cuál si ha podido probarse, sino que simplemente consiste en un efecto legal del concurso. El artículo 79 realmente busca ayudar a perfilar cómo y con qué bienes o derechos se integrará la masa activa, por ello, para comprender la alusión a la “prueba en contrario” debe acudir a su antecedente en el Anteproyecto de 1995, que señalaba que en caso de declararse en concurso uno de los titulares de una cuenta indistinta “se [presumiría] que la totalidad del saldo acreedor de dicha cuenta [era] propiedad del deudor, salvo prueba en contrario”. En el art. 80 del Anteproyecto sí aparecía correctamente la estructura presuntiva, de modo

indistinta pertenece en exclusiva al concursado, está rompiendo la presunción contenida en el art. 1361 del Código Civil, que afecta a quienes estuvieren casados en régimen de gananciales, por la que “se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”, lo que llevaría a que los fondos de la cuenta indistinta fueran considerados gananciales, y por tanto deberían ser incluidos en el activo a la hora de liquidar la sociedad ganancial. Pero, debido a que el artículo 79 L. Con. presume que la totalidad del saldo acreedor es patrimonio privativo del cónyuge concursado, tales saldos no formarán parte del activo común, por lo que no podrán tenerse en cuenta a la hora de liquidar la sociedad ganancial. El cónyuge del concursado se verá obligado a probar que tales fondos no son privativos del concursado, pese a que, para ello, debería bastar la presunción de ganancialidad. Por lo tanto, puede observarse una importante desconexión de la Ley Concursal con las normas que regulan el régimen económico matrimonial, las cuales deben ser aplicadas siempre y cuando no hayan sido excepcionadas legalmente de forma clara y terminante.

Igualmente, el art. 79 L. Con. también rompe, para el caso de los casados bajo el régimen de separación de bienes, la presunción contenida en el art. 1441 del Código Civil, el cual señala que “cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad.”²⁴

La presunción contenida en el art. 79 L. Con. otorga un beneficio extremadamente injusto a los intereses del concurso y de los acreedores del concursado, en perjuicio de terceros ajenos al mismo (como es el caso del cónyuge del concursado, o sus propios acreedores gananciales), separándose la legislación concursal, en lo referente a este punto concreto, de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, tal y como se ha venido examinando en este trabajo anteriormente. Ello ha llevado a la doctrina a ser especialmente crítica respecto a la redacción y contenido del artículo, lamentando que el legislador no haya recurrido a otro criterio, como la presunción de cotitularidad o comunidad por partes iguales, que hubiera sido mucho más equitativo con el cotitular de la cuenta indistinta que la presunción de titularidad exclusiva. Los motivos que llevaron al legislador a optar por tal presunción se desconocen; no obstante, se ha señalado que tal opción legal puede obedecer a que de establecerse una presunción de cotitularidad por partes iguales, sería más complicado articular la defensa de la masa activa, de modo que la administración concursal pudiera probar que todos los fondos existentes en la cuenta pertenecen en exclusiva al concursado; defendiéndose que con el texto vigente, el cónyuge del concursado puede ejercitar su derecho de separación a través de la acreditación de su titularidad mediante prueba suficiente. Tal

que partiendo de un hecho probado (la existencia de una cuenta indistinta respecto de la cual uno de los titulares es el deudor concursado) se seguía el hecho presunto (que el saldo acreedor de la cuenta corresponde en su totalidad y de manera exclusiva al titular concursado). De lo dicho debe llegarse a la conclusión que el art. 79 L. Con. sigue pensando en el régimen que ya proponía el art. 80 del Anteproyecto, pero que lo expresa técnicamente peor, pues puede decirse que sigue existiendo el mismo hecho presunto, pese a que se omite su alusión expresa en la letra del artículo.

²⁴ Frente a estas presunciones enfrentadas, cabe plantarse cuál debe ser considerada *lex specialis* para superponerse a la *lex generalis*. Pues si bien es cierto que la Ley Concursal es una ley especial frente al Código Civil como ley general, también es cierto que los artículos 1361 y 1441 del Código Civil hacen referencia al régimen económico matrimonial, que para este contexto constituyen *lex specialis*, y no al revés.

argumento no parece convincente, pues si se estableciese una presunción de titularidad por partes iguales, la administración concursal contaría con las acciones de reclamación pertinentes cuando el concursado fuere el real propietario de la totalidad de los fondos o, al menos, de una proporción mayor. Incluso podría oponerse a la posible, aunque poco probable, acción interna de reembolso entablada por el cónyuge. En realidad, una presunción de titularidad a partes iguales permitiría equilibrar la balanza, exigiendo iguales esfuerzos al titular no concursado y a la administración concursal, a la hora de acreditar la proporción, menor o mayor, que le corresponde al titular concursado.

Otra crítica que se ha realizado al artículo 79 de la Ley Concursal, es que la presunción de titularidad de la integridad opera de forma automática, en lugar de actuar de forma subsidiaria, cuando no puedan conocerse los acuerdos internos entre los titulares.

En conclusión, se ha llevado a cabo una inversión de las normas generales en materia de la carga de la prueba (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la cual, por norma general, corresponde a quien alega un hecho. La inversión de la carga probatoria resulta injustificadamente gravosa para el titular de la cuenta no concursado, ya que sin ser él el deudor, se le está obligando a tomar la iniciativa de la reclamación de unos fondos que le pertenecen, los cuales ve amenazados por el mero hecho de compartir la titularidad de una cuenta bancaria con quien ha sido declarado en concurso. Y lo que es más grave aún, porque de no poder llegar a probar suficientemente su derecho sobre los fondos, pese a no ser él el deudor concursado, se verá privado de la totalidad de los mismos, siendo el único perjudicado, no pudiendo entenderse por qué los acreedores del concursado merecen mejor trato que el titular de la cuenta indistinta que no está declarado en concurso.

Finalmente, el artículo 79 plantea un problema más, en caso de que sean más de uno los titulares de la cuenta indistinta que se hayan declarado en concurso (piénsese en un matrimonio en el que ambos cónyuges están declarados en concurso). En tal caso nos encontraremos con la dificultad de determinar a favor de cuál de las masas activas debe jugar la presunción de derecho a la integridad de los fondos existentes en la cuenta, encontrándose las distintas administraciones concursales con la carga de acreditar su derecho a todo o parte.

IV. f) La prueba en contrario

El art. 79 L. Con., al ordenar la integración del saldo existente en la cuenta de titularidad indistinta en la masa activa, por presumir que el concursado ostenta, a nivel interno, derecho a su integridad, admite prueba en contrario. La prueba deberá referirse a la existencia y alcance del derecho presunto, por lo que deberán acreditarse actos o circunstancias por las que el derecho del concursado no alcanza a la totalidad del saldo acreedor. Cuando los cotitulares del concursado consigan probar que éste no tiene derecho alguno a los fondos ya que tal derecho lo ostenta otro u otros titulares de la cuenta, no procederá la integración de los fondos en la masa activa. En caso de que sólo se lograre probar que no le pertenecen en parte, si procederá tal integración en la masa, pero sin abarcar la integridad de los fondos, sino sólo en aquella proporción respecto de la cual no se haya logrado probar la titularidad.

Como prueba, con el fin de desvirtuar la presunción del art. 79 L. Con., podrá aportarse todo aquel elemento que sirva para desmentir que, a nivel interno, el concursado tiene derecho a la integridad de los fondos. Sin embargo, no será suficiente con acreditar que fue otro de los titulares quien depositó el dinero en la cuenta. Ello es debido a que la identidad del depositante no presupone que los fondos depositados provengan de su patrimonio privado; cosa distinta es que quien hiciere el ingreso pueda demostrar que los fondos provienen de su patrimonio, por ejemplo, por haberlos heredado en el momento en que se ingresaron en la cuenta.

Por lo establecido en el art. 77.1 L. Con., “en caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado”. Tal precepto es aplicable tanto a los casados en régimen de separación de bienes como en gananciales; no obstante, el apartado segundo, del mismo artículo, añade que “si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además (de los bienes privativos), los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado”; en cuyo caso, “el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”.

La declaración de concurso de uno de los cónyuges, no supone la automática disolución del régimen económico matrimonial, lo cual hubiera evitado el problema que generan las cuentas indistintas, ya que los fondos existentes en las mismas serían adjudicados a uno u otro cónyuge. Curiosamente, según la Ley Concursal, la declaración de concurso no autoriza sin más al cónyuge del concursado a solicitar la disolución de los gananciales, sino que tal autorización se ve supeditada a que se incluyan bienes comunes en la masa activa, lo cual, debido a la presunción del art. 79 L. Con. es fácil que ocurra. Lo dicho contrasta con lo establecido en el art. 1393.1 del Código Civil, el cual dispone que es suficiente con que uno de los cónyuges sea declarado en concurso de acreedores para que el otro pueda solicitar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Por consiguiente, en el caso de que los titulares de la cuenta indistinta sean cónyuges casados en régimen de gananciales, a la presunción del artículo 79 se le aplicará subsidiariamente la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 del Código Civil (y si estuvieren casados en separación de bienes se aplicaría la presunción del 1441 C.c.). Sin embargo, lo normal será que no sea necesario acudir a la presunción de ganancialidad ya que, siendo lo habitual que las aportaciones a la cuenta se deban a los rendimientos del trabajo, será evidente la ganancialidad de los fondos. No obstante, el que el derecho a exigir la integridad del saldo acreedor se incluya en la masa activa dependerá de si el cónyuge del concursado hace uso o no de la facultad que le viene otorgada por el art. 77.2 de la Ley Concursal, pudiendo solicitar la liquidación del régimen conyugal. En caso de que el cónyuge no concursado hiciere uso de tal facultad, en el activo de la cuenta de liquidación del régimen conyugal se ingresaría el crédito a la restitución de los fondos. Y en el caso de que la satisfacción del pasivo concursal no hiciere necesaria su íntegra aplicación, cada uno de los cónyuges contará con un derecho a la mitad de los fondos sobrantes, por lo establecido en el art. 1404 del Código

Civil²⁵. Por desgracia, lo normal será que no sólo no sobre parte alguna de los fondos habidos en la cuenta de titularidad indistinta, sino que éstos (y el resto de los bienes del concursado) sean insuficientes para la satisfacción de los acreedores del concursado.

A tenor de lo establecido en el art. 79 L. Con., será la administración concursal quien deba apreciar la “suficiencia” de la prueba aportada. A lo que al titular no concursado de la cuenta indistinta le caben dos opciones, bien constituir la “contraprueba” del supuesto de hecho, llegando a probar que el concursado no es realmente titular de tal cuenta, o que la susodicha cuenta no es de titularidad indistinta (y que por ejemplo, lo que ostenta el concursado es una firma autorizada, y no así la cotitularidad), de modo que no cabe aplicar la presunción establecida en el artículo 79; bien constituir “prueba en contrario” probando que la titularidad de los fondos no le pertenece al concursado.

Aportadas las “pruebas en contrario” o las “contrapruebas” oportunas, éstas deberán ser apreciadas como suficientes por la administración concursal, pues de lo contrario, seguirá aplicándose la presunción. No obstante, en tal caso, el titular no concursado aun cuenta con la posibilidad, establecida en el art. 79.2 de la Ley Concursal, de plantear la suficiencia de las mismas al juez, mediante el planteamiento de un incidente concursal²⁶, cuya regulación se encuentra contenida en los artículos 192 y ss. L. Con. Aquí, nuevamente nos encontramos con un problema, pues el art. 194.1 L. Con., al regular la presentación de la demanda incidental nos remite al art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ninguno de los dos artículos establezca el momento procesal concreto en que debe plantearse el incidente, momento que tampoco viene señalado en el artículo 79 L. Con.

En principio, la publicidad por la que los terceros puedan tener conocimiento de los bienes y derechos incluidos en la masa activa resultará de la presentación del inventario (arts. 74, 75. 2 y 1 y 82 L. Con.), el cual es impugnabile por cualquier interesado, a través de incidente concursal, según lo establecido en el art. 96. 4 L. Con. Llegados a este punto, debido a la redacción del art. 79 L. Con., debemos plantearnos si la posibilidad de comparecer ante la administración concursal para aportar las pruebas en relación a la errónea incorporación de la integridad del saldo acreedor en la masa activa sólo existe a partir del inventario o si, por el contrario, la eventual alegación y aportación de prueba debe realizarse de forma previa a la publicidad del mismo.

Por lo establecido en el art. 82.4 *in limine*, el cual advierte que “al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido”, cabe entender que tal incidente debe tener lugar antes de que la administración concursal haya finalizado el “inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor (tanto los privativos como los comunes o gananciales)

²⁵ El artículo 1404, en su actual redacción según Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que “hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores (en relación a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales), el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos”.

²⁶ Para plantear el incidente concursal será necesario contar con la asistencia de abogado y procurador, pese a no haber sido necesarios para comparecer ante la administración concursal a fin de presentar la prueba en contrario *ex* artículo 79 *in fine* L. Con.

integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe” (art. 82.1 *in limine* L. Con.), pues de lo contrario, en el mentado inventario, no podría señalarse que paralelamente al proceso concursal (pues por lo general, según lo establecido en el art. 192. 2 L. Con. “los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte”) se está tramitando un incidente del cual puede derivarse que los saldos acreedores integrados en la masa activa deban ser separados²⁷ y restituidos a su legítimo titular (el titular de la cuenta indistinta no concursado). No obstante, el artículo 82 tampoco aclara cuál es el momento procesal en el que debe plantearse el incidente, sino que únicamente nos aporta un límite máximo.

Además, sigue existiendo otro problema relacionado con el anterior, y es saber cómo, el titular no concursado, tendrá conocimiento de que se ha aplicado tal presunción a los fondos de la cuenta cuya titularidad indistinta comparte. Pues si tal titular desconociera que el otro titular ha sido declarado en concurso, ya que la Ley Concursal no obliga a notificar el embargo²⁸ de la cuenta a todos los titulares de la misma, podría darse el caso de que el primero no tuviera oportunidad de defenderse y se encontrara que el saldo que le pertenece ha sido embargado. Imagínese, por ejemplo, el caso de un matrimonio, en el que el cónyuge no concursado ha debido ausentarse del país por motivos laborales un largo periodo de tiempo, y al regresar e ir a hacer uso de los fondos que él periódicamente ingresó desde el extranjero se encuentra que los mismos han sido embargados; pues, aunque improbable, no es imposible que, por el motivo que fuese, su consorte no le hubiera comunicado que había sido declarado en concurso.

Recuérdese, que como ya se ha dicho antes, la entidad crediticia no está obligada a comunicar el embargo al cotitular del concursado, pese a que el Servicio de

²⁷ Si la administración concursal estimase que la prueba o pruebas aportadas acreditan el derecho del titular no concursado sobre los fondos de la cuenta de titularidad indistinta, se procederá a la separación del importe correspondiente (*ex art. 80 L. Con.*). En tal caso, el titular no concursado podrá solicitar la entrega inmediata de los fondos, es decir, no surge un derecho de crédito contra la masa a favor del compareciente. No obstante, en esta fase del procedimiento, lo más probable es que la administración concursal simplemente haya incluido el importe del saldo acreedor de la cuenta en el inventario *ex art. 82*, ordenando a la entidad crediticia que bloquee tal cantidad sin llegar a proceder a la retirada efectiva de los fondos aun. Por ello, la estimación de la prueba *ex art. 79.1* implicaría, no tanto entregar los fondos reintegrados, cuanto disminuir en el inventario el importe del saldo reintegrable en la masa activa. Sin embargo, de haberse llegado a retirar y emplear los fondos, no pudiendo atenderse la pretensión de separación, los cotitulares no concursados afectados pasarían a ostentar un crédito contra la masa, que debería ser satisfechos conforme a lo establecido en el art. 154 L. Con., por haberse convertido en acreedores de la masa *ex art. 84.2.9º L. Con.*

²⁸ En relación al embargo de la totalidad de los fondos habidos en la cuenta de titularidad indistinta, cabe plantearse qué ocurre en caso de que de ello deriven posibles descubiertos posteriores. ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, en la nota al pie nº 355, de la página 170, señala que “tras consultar varios modelos de contratos bancarios de depósito irregular, facilitados por distintas entidades financieras, constatamos la frecuente aparición de una cláusula en virtud de la cual, tratándose de cuentas de titularidad pluripersonal, todos los titulares responderán solidariamente de los saldos deudores con independencia de quién hubiere sido el causante”. No obstante, no considero que deban ser los titulares no concursados quienes debieren responder de los intereses generados debidos al descubierto, cuando éste se debiera a que la administración concursal integró en la masa activa unos fondos que no pertenecían realmente al concursado.

Reclamaciones del Banco de España ha aconsejado (ya que sus resoluciones no tiene fuerza vinculante), al establecer los criterios de buenas prácticas bancarias que “habida cuenta las incidencias que pueden existir en las notificaciones, es recomendable que las entidades comuniquen a sus clientes, de forma inmediata, las órdenes de embargo que reciban, para que puedan ejercer en plazo los derechos que la ley les confiere para oponerse a la ejecución del embargo” y ello pese a que “la normativa de recaudación determina que es el organismo embargante (en este caso la administración concursal) el que tiene que practicar al deudor la correspondiente notificación del embargo”. Si como es de suponer, la administración concursal solo comunica el embargo de la cuenta de titularidad indistinta al titular concursado, el titular no concursado vera pender su seguridad jurídica de la buena voluntad de la entidad crediticia que decida seguir la recomendación del Banco de España.

En el caso de los cónyuges casados en gananciales, este problema no existiría si, tal como estaba regulado en el Anteproyecto de la Ley Concursal, el régimen fuera disuelto y liquidado previamente; pues en tal caso, el cónyuge no concursado no podría ignorar el concurso de su consorte ni las posibles consecuencias del mismo, debiendo mantener un nivel mínimo de diligencia en todo aquello que pudiera llegar a afectarle. No obstante, en el caso de los casados bajo el régimen de separación de bienes, o aquellos titulares indistintos que no fueran cónyuges, no contarían con tal oportunidad, por lo que a mi entender, la única solución posible al problema planteado vendría dada por una nueva redacción del artículo 79 de la Ley Concursal, en la cual se obligara a la administración concursal, en tanto se estuviera realizando el inventario, a poner en conocimiento de todos los titulares de cuentas indistintas el concurso de uno de ellos ²⁹ ³⁰ (de modo que antes de darle publicidad al inventario, la administración concursal ya habría podido valorar la pertinencia de incluir en la masa todo o parte del saldo acreedor), debiendo informar de las consecuencias que ello implica de cara a los saldos de tales cuentas, señalándose en tal comunicación el establecimiento de un plazo de tres días³¹ a partir de la misma, para que se puedan aportar pruebas de la titularidad real de los fondos; debiéndose señalar, también, el momento procesal concreto en que debe tener lugar el planteamiento del incidente concursal, para el caso de no haber sido apreciada la suficiencia de la prueba. Así, la resolución de la administración concursal

²⁹ No hay que olvidar que la administración concursal cuenta con facultades suficientes para poder tomar iniciativas que le permiten el conocimiento exacto del patrimonio del concursado.

³⁰ Por lo expuesto, no se comprende por qué fue rechazada una enmienda plantada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) al Proyecto de Ley, que pretendía la convocatoria de los titulares a comparecer ante la administración concursal, antes de tomar la decisión sobre la inclusión o no de la integridad de los saldos en la masa activa, alegándose como justificación el “reforzar los derechos de todos los titulares de la cuenta, garantizar el acierto de la decisión de la administración judicial y evitar el planteamiento del previsto incidente concursal” (véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, Congreso, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002, página 284. Consultado en http://www.gesconcurialia.com/descargas/legislacion/021202_enmiendas_plc.pdf el 27 de marzo de 2010.

³¹ Tal plazo responde a que la Ley Concursal divide por la mitad los plazos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 593.2 establece un plazo de 5 días para “cuando, por percepción directa (lo cual tendía lugar al comprobar la titularidad indistinta de la cuenta) o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el tribunal tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a un tercero”. Al no poderse establecer un plazo de dos días y medio (la mitad del plazo establecido por la LEC.) se opta en aumentarlo a tres días en beneficio del cotitular del deudor concursado, el cual ve peligrar sus bienes sin ser responsable de la deuda.

acerca de la suficiencia o no, total o parcial, de la prueba practicada por los titulares no concursados se daría a conocer con la publicidad del inventario, convirtiéndose en una manera de evitar incidentes ulteriores. Además, de este modo, quienes no hubiesen visto estimada su pretensión, o los acreedores perjudicados por la decisión de la administración concursal, aun contarían con la posibilidad de impugnar el inventario³² en los términos previstos en el art. 96 L. Con.

En relación a quién o quiénes pueden aportar la prueba, el artículo 79 L. Con. nuevamente guarda silencio. Por tanto, pese a ser improbable que terceras personas pueden disponer de elementos probatorios en relación a la procedencia de los fondos existentes en la cuenta de titularidad indistinta, nada obsta, teóricamente, a permitir que cualquier interesado alegue y aporte pruebas, además de poder hacerlo, como es lógico y lo habitual, los titulares y sus herederos.

IV. g) Otras modalidades de cuenta pluripersonal

La presunción contenida en el art. 79 de la Ley Concursal es aplicable únicamente a las cuentas de titularidad indistinta, quedando al margen del régimen previsto en dicho artículo las demás modalidades de cuenta pluripersonal, como por ejemplo la cuenta conjunta. No obstante, en el ámbito de las relaciones internas, los problemas que se plantean en relación a la “propiedad de los fondos” son exactamente iguales. El hecho de que los titulares deban actuar de forma necesariamente conjunta a fin de retirar o reintegrar fondos, no es determinante del derecho que corresponda a cada uno de los titulares a nivel interno. Por ello, también se ha plantado el alcance de un eventual embargo debido a deudas contraídas únicamente por uno de los titulares, a lo cual se han propuesto las mismas soluciones que para el caso de los titulares indistintos.

V - EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 9/1998, DE 15 DE JULIO, DEL CÓDIGO DE FAMILIA CATALÁN

V. a) El embargo de cuentas de titularidad indistintas conyugales

El Ordenamiento jurídico catalán no cuenta con ninguna norma que contemple el régimen jurídico de las cuentas colectivas en caso de concurso de acreedores, no obstante, el Código de Familia de Cataluña dispone de un artículo, el art. 13, por el que se disciplina el embargo de las cuentas de titularidad indistinta cuando esos titulares sean cónyuges.

³² Téngase en cuenta que, si se atiende a que conforme al art. 97.1 L. Con. “quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos [...]”, en caso de que el inventario contenga imprecisiones o errores sobre la naturaleza de los fondos de la cuenta como privativo o ganancial la falta de recurso al inventario determinaría que el cónyuge del concursado no podría cuestionar la naturaleza de los mismos en otro momento. Por lo tanto, en palabras de FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a. (*Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, pág 155): “el informe de la administración concursal se convierte en un instrumento esencial para la identificación de la naturaleza de los bienes”.

El artículo 13 del Código de Familia (en adelante CF), bajo la rúbrica “embargo de cuentas indistintas”, establece por primera vez en el ordenamiento jurídico catalán una norma relativa a las cuentas de titularidad indistintas, señalando que “en caso de embargo de cuentas indistintas por deudas privativas de uno de los cónyuges, el cónyuge no deudor puede sustraer del embargo los importes que acredite que le pertenecen con carácter exclusivo, salvo que haya consentido expresamente en la obligación contraída por el cónyuge deudor”. No obstante, la aplicación de este artículo se ciñe únicamente a las cuentas indistintas conyugales, sin que se reclame un concreto régimen económico matrimonial, dejando fuera aquellas cuentas cuyos titulares no estén casados entre sí, lo cual se desprende de la ubicación sistemática del precepto, situado en el Capítulo II, de las relaciones económicas entre los cónyuges, del Título I, de los efectos del matrimonio.

A tenor de lo dispuesto en el precepto, la deuda de la que trae causa el embargo debe ser privativa, pero debe tenerse en cuenta que, en el marco del Código de Familia, el carácter privativo, más que al sujeto que contrajo la deuda, apela a la responsabilidad subsiguiente, cuyo régimen se encuentra condicionado a la finalidad que se perseguía al contraer la deuda. En tal sentido, el art. 3 CF advierte que se presumirá que el cónyuge contrayente de una deuda, en razón de un gasto familiar ordinario, actúa con el consentimiento del otro cónyuge cuando la deuda se contrajere en interés de la familia. Por su parte, el art. 4 CF señala qué deben entenderse por gastos familiares, y el art. 8 CF aclara que ambos cónyuges deberán responder solidariamente de los gastos familiares cuando éstos sean acordes a los usos y nivel de vida familiar, ya que en caso contrario, de los mismos responderá únicamente el cónyuge contrayente de la obligación. De lo dicho se deduce que, en relación a las deudas familiares, aquel cónyuge que no contrajo personalmente la deuda no podrá alegar el art. 13 CF con la intención de sustraer su parte de los fondos de la cuenta de titularidad indistinta a la acción ejecutiva de los acreedores sobre los mismos, debido a que al ser solidaria su responsabilidad en relación a la deuda, su patrimonio también responderá de la misma, la cual no es “privativa” sino “familiar”.

Para cuando el embargo del saldo acreedor de la cuenta de titularidad indistinta sí se deba a deudas privativas del cónyuge deudor, el art. 13 CF señala que el cónyuge no deudor cuenta con la facultad a oponerse al mismo, pudiendo sustraer del embargo aquellos importes respecto de los cuales logre probar que le pertenecen a él exclusivamente; sin embargo, a lo dicho existe una excepción, para aquellos casos en que se haya consentido expresamente a la asunción de la deuda. Tal consentimiento convierte al cónyuge no contrayente de la deuda en responsable solidario de la misma frente al ejecutante, por lo que se excluye la posibilidad de interponer una tercería, lo cual no es impedimento a que el cónyuge interponga la acción de reintegro procedente frente a su consorte. La necesidad de que el consentimiento sea “expreso”³³ no estaba recogida en el Proyecto introducido en la tramitación parlamentaria del artículo (por entonces art. 12 CF), lo que da a entender que añadiendo tal adjetivo se ha querido resaltar que la excepción debe apreciarse con extremada cautela, debido a las consecuencias que comporta, básicamente una mayor garantía para los acreedores.

El objeto del embargo será el saldo acreedor de la cuenta indistinta, debiendo determinarse internamente el alcance de cada uno de los cónyuges respecto del saldo. El

³³ Véase BOPC, nº 176, de 26 de mayo de 1997, pág. 13474, consultado a fecha de 28 de marzo de 2010 en <http://www.parlament.cat/activitat/bopc/05b176.pdf>

art. 13 CF, literalmente, únicamente reconoce al cónyuge no deudor la posibilidad de oponerse a la traba, es decir, no disciplina el alcance del embargo en cuestión, que deberá ejecutarse atendiendo a las normas generales de ejecución patrimonial (arts. 549.3, 553.1.3º, 589, 593 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, los acreedores del cónyuge deudor deben indagar acerca del alcance del derecho de su deudor sobre el saldo de la cuenta de titularidad indistinta, proponiendo el embargo únicamente en tal proporción, ya que *ex art.* 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán embargarse los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine, por medio de auto, una cantidad como límite máximo [...]”. A falta de otros indicios o pruebas, por lo establecido en el art. 40 CF en relación a los bienes de titularidad dudosa, deberá proponerse el embargo de la mitad. El art. 593.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite plantear un incidente para hacer valer la titularidad, aportando cualquier clase de prueba, sobre los bienes que pretenden embargarse, antes de que el embargo se lleve a cabo, o ya practicada la traba, plantear una tercería de dominio³⁴, en ambos casos con el fin de acreditar la improcedencia del embargo.

V. b) El régimen jurídico concursal de las cuentas de titularidad indistinta

El supuesto contemplado en el art. 13 del Código de Familia catalán no hace referencia a situaciones concursales, ciñéndose únicamente a los supuestos de embargo, los cuales, de existir, tendrán efectos sobre el matrimonio y su régimen económico matrimonial. El art. 13 CF, en relación a las cuentas de titularidad indistinta conyugal, se limita a establecer que, en caso de embargo, el cónyuge no deudor cuenta con el derecho a sustraer de la ejecución su derecho de crédito sobre los saldos acreedores que arroje la cuenta, salvo que se haya consentido expresamente a la asunción de la deuda.

Por su parte, el art. 79 de la Ley Concursal, el cual descansa sobre una estructura presuntiva, que admite prueba en contrario, no va dirigido únicamente a los cotitulares casados entre sí, lo cual es indiferente, sino que se dirige a todas aquellas cuentas de titularidad indistinta, fuere cual fuere la relación que una a sus titulares.

De la lectura conjunta de ambos artículos surgen una serie de problemas a plantearse. En primer lugar, pueden asaltar dudas respecto a la constitucionalidad del art. 13 CF, pues, como ya se ha señalado, nunca antes había existido en el Derecho foral catalán una norma de tal índole, y podría entenderse que, pese a que el legislador catalán ha ubicado tal precepto entre los que regulan el régimen económico matrimonial, con ello lo único que se pretende es encubrir una norma concursal (materia interdisciplinar), por lo que no cabría entender que con la adopción del art. 13 CF se esté llevando a cabo la “conservación, modificación y desarrollo” que autoriza a las Comunidades Autónomas, en su art. 149.1.8º, la Constitución Española.

Si concluyéramos que se trata de un precepto constitucional, al tratarse de una norma foral que regula el régimen económico matrimonial (recuérdese que el art. 13 CF

³⁴ A tenor del art. 595.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.”

sólo regula el tratamiento de las cuentas de titularidad indistinta conyugal, y no así la de cualquier cuenta de titularidad indistinta), el legislador estatal no contaría con competencia para contravenir dicho artículo. No obstante, el artículo 13 *in limine* CF no es incompatible con el art. 79 L. Con, ya que ambos permiten que se paralice la presunción mediante la acreditación de la titularidad de los fondos. La duda surge, entonces, en relación a la excepción contemplada en el art. 13 *in fine* CF; ¿acaso, en un proceso concursal, la excepción contemplada en el artículo 13 CF podría ser utilizada por la administración concursal para enervar la oposición del cónyuge no deudor a la integración de los saldos acreedores en la masa activa, cuando éste ha demostrado de modo suficiente su derecho sobre los fondos?. A tal interrogante, si entendemos que el Derecho foral tiene prioridad sobre el estatal en los ámbitos doblemente regulados, hay que responder que sí, es decir, la administración concursal debería poder hacer uso de tal excepción siempre y cuando probase que existió el consentimiento expreso del cónyuge del concursado. Pero tal respuesta genera un nuevo problema, pues, una vez entendido que cabe el embargo de los saldos de la cuenta para el pago de la deuda que se consintió, ¿se puede cobrar en los mismos únicamente tal deuda o, por el contrario, también podrían aprovecharse y cobrarse los demás acreedores existentes en el concurso?. Si nos centramos en el tenor literal del artículo 13 CF, no encontramos respuesta, por lo que entiendo que sólo cabría que se cobrase el acreedor a cuya deuda se consintió, y el sobrante debería ser sustraído del embargo, ya que respecto de los demás acreedores el cónyuge real titular de los fondos no es responsable solidario.

Por otro lado, cabe plantearse qué ocurre cuando las deudas no pueden ser consideradas privativas al provenir de un gasto familiar. ¿Cabe entender que a *sensu contrario*, si no se trata de deudas privativas el cónyuge del deudor pierde su facultad de sustraer del embargo los importes respecto de los cuales pueda acreditar su titularidad exclusiva?. Si entendiésemos tal cosa, el cónyuge no deudor se vería desprotegido, pues en caso de que la deuda fuese privativa se le estaría otorgando la facultad de probar que los saldos le pertenecen, posibilidad que ahora se le estaría negando. Al tratarse de una restricción de derechos debe estar expresamente contemplada, por lo que considero que al no hacer referencia alguna el art. 13 CF a cómo debe actuarse en caso de deudas no privativas, será de aplicación subsidiaria el art. 79 L. Con. el cual es aplicable a todo tipo de deudas.

Del mismo modo que ocurre con el art. 79 L. Con., el art. 13 CF no señala de qué manera el cónyuge no concursado tendrá conocimiento de la existencia del embargo, ni en qué momento procesal deberá probarse la pertenencia de los fondos, respecto a lo cual nos remitimos a lo anteriormente visto en los puntos III y IV del presente trabajo.

Finalmente, el art. 13 CF tampoco señala ante quién deberá probarse el carácter exclusivo de la totalidad o parte del saldo acreedor existente en la cuenta de titularidad indistinta. Ante tal silencio, nuevamente acudiremos subsidiariamente al art. 79 L. Con, por lo que cabe entender que, también en el caso de quienes se rigen por el Derecho foral catalán, será la administración concursal quien deba juzgar la prueba.

VI - BIBLIOGRAFÍA

ALEJANDREZ PEÑA, P. *Liquidación de bienes gananciales: Aspectos prácticos, procesales y sustantivos*. Editorial Lex Nova, 3ª Edición, Valladolid, 2008.

ARNAU RAVENTÓS, L. *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2006.

FERRANDO VILLALBA, Mª L. *Titularidad indistinta de cuentas bancarias*. Colección Jurisprudencia Práctica. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

VV. AA. Coordinadores: CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Editorial Civitas, Madrid, 2009.

VV. AA. Directores: SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo II. Editorial Lex Nova, 1ª Edición, Valladolid, 2004.