

4. Concursos de personas físicas y problemas inmobiliarios

José María Fernández Seijó,
Magistrado del juzgado mercantil nº 3 de Barcelona

1. Cuestiones generales.

Tal y como indica la exposición de motivos de la Ley Concursal (LC) *“La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema [...] La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento”*.

Si un no iniciado leyera por primera vez el texto de la LC podría pensar que por su redacción la mayoría de los preceptos van destinados a regular las situaciones de insolvencia de las personas físicas dado que cuando la ley se refiere a las personas jurídicas, a las sociedades mercantiles, lo menciona expresamente – así por ejemplo en el artículo 48 de la LC-.

Sin embargo, lo cierto es que en realidad la mayor parte de los concursos que se inician tanto voluntarios como necesarios se refieren a personas jurídicas, a sociedades anónimas y limitadas. El número de concursos que afectan a personas físicas es porcentualmente insignificante, inferior al 5%, y si se circunscribe a personas físicas que no son comerciantes o no avalan o afianzan créditos de sociedades mercantiles, el número de concursos declarados de personas físicas es casi simbólico.

Las circunstancias en las que se aprobó la LC – en plena época de bonanza económica en el ya lejano principio del siglo XXI, tiempo en el que se pensaba que en un escenario de globalización no se producirían crisis en el sistema económico y financiero – hicieron que el legislador desoyera las recomendaciones que provenían de algunas instituciones europeas que advertían de las peculiaridades del sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de abordar esas situaciones de insolvencia en el marco de una legislación que combinara no sólo los elementos civiles o mercantiles, sino también factores sociales, culturales y económicos propios del sobreendeudamiento.

Más de cuatro años después de la entrada en vigor de la LC, estamos inmersos en una profunda crisis económica que afecta no sólo a las estructuras industriales y financieras, sino también a la economía de cientos de miles de familia. En los años 2007 y 2008 se ha incrementado sustancialmente el número de concursos que afectan a personas físicas. Sin embargo, aún siendo sensible este aumento, lo cierto es que la cantidad de concursos de familias sigue siendo porcentualmente intrascendente, sobre todo si se compara con el acogimiento de instituciones concursales de personas físicas en otros países del entorno

económico y jurídico de España – fundamentalmente Francia y Alemania, sin eludir la experiencia en muchos países de cultura jurídica anglosajona.

A la espera de que el legislador aborde bien una reforma en profundidad de la normativa concursal, bien una norma específica en materia de insolvencia de consumidores, lo cierto es que son muy pocos los preceptos que en el texto vigente de la Ley Concursal disciplinan el concurso de personas físicas y, dentro de este ámbito, el referido a la posibilidad de declaración conjunta del concurso de un matrimonio; de “lege ferenda” sería deseable que se introdujera en la Ley un título específico que regulara este ámbito tan complejo de la insolvencia.

Antes de profundizar en el análisis de los preceptos que destina la Ley a la materia es necesario advertir algunas omisiones legales casi insalvables:

- 1) En los contados pasajes en los que se menciona al concurso conjunto de un matrimonio olvida el legislador concursal que en otros ámbitos del derecho la referencia legal no se hace tanto al matrimonio como una institución jurídico formal, sino a cualquier tipo de convivencia permanente entre personas con base en una relación afectiva incluso no formalizada.
- 2) La mención al concurso de los matrimonios olvida también la existencia en distintas comunidades autónomas de regímenes conyugales diversos que operan con carácter supletorio en los supuestos en los que los cónyuges no optaran expresamente por uno u otro régimen matrimonial.
- 3) Tampoco se hace referencia al hecho de que muchos matrimonios, sobre todo en los supuestos en los que pueda haber cierto activo patrimonial o en matrimonios surgidos como consecuencia de la nueva estructura de las relaciones familiares (matrimonios formados por cónyuges que han formado por separado familias con anterioridad a su unión), cada vez es más habitual que por la vía de las capitulaciones o pactos esponsalicios los cónyuges hayan disciplinado una parte importante de sus patrimonios y relaciones patrimoniales. Estos contratos o capitulaciones tienen un complicado encaje en las normas generales que la LC prevé respecto del efecto de la declaración de concursos en los contratos preexistentes.
- 4) No hay tampoco una normativa específica para poder abordar el tratamiento de las crisis matrimoniales – separación o divorcio – dentro del procedimiento concursal, concretamente la gestión de los aspectos patrimoniales y la intervención de la administración concursal tanto en los procedimientos contenciosos como los de mutuo acuerdo.
- 5) Finalmente, advertir que el artículo 47 de la LC se ha manifestado ya insuficiente para coordinar las obligaciones que el concursado pueda tener en el concurso tanto durante la fase común, como durante las fases de convenio o liquidación, con las obligaciones que surjan de los procedimientos familiares.
- 6) En cuanto a las ejecuciones hipotecarias debe advertirse que el contenido del artículo 55 de la Ley impide la suspensión de los procedimientos hipotecarios en concurso puesto que la normativa concursal exige para poder acordar la suspensión, que se

trate de concurso de empresas en las que el bien hipotecado sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial. En el supuesto de concursos de personas físicas la vivienda habitual se considera necesaria para la supervivencia digna del deudor, pero no necesaria para ningún tipo de actividad.

- 7) Probablemente, el único marco posible para afrontar los problemas de las ejecuciones hipotecarias sea la protección al consumidor por medio del control de oficio de las cláusulas abusivas. Esas cláusulas se enumeran en el artículo 85 y siguientes de la Ley 1/2007, texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, y su control de oficio lo habilita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (asuntos Mostaza Caro y Océano).

Estas evidentes lagunas legales deberán superarse a partir de una interpretación integradora de las normas concursales que afectan al matrimonio con las normas generales – civiles o de derecho de familia – que disciplinan esta materia, para evitar con ello que el concurso pueda servir como vía para alterar los complejos equilibrios del derecho de familia.

2. Régimen legal

2.1. Declaración conjunta del concurso necesario

No existe una norma específica que permita la solicitud de concurso necesario de un matrimonio. Si se examina al detalle el artículo 3.5 se puede comprobar que el texto de la Ley establece la posibilidad de que el acreedor solicite la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores si existe confusión de patrimonios, es decir, para que pueda instarse la declaración conjunta de un matrimonio será imprescindible:

- 1) Que ambos sean deudores del instante.
- 2) Que exista confusión de patrimonios, es decir, que no sea posible determinar qué bienes integran la masa de uno y otro cónyuge. En palabras del profesor ROJO¹ existe confusión de patrimonios cuando no es posible determinar con seguridad los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor, (art. 1911 CC) si pertenecen a éste o a otro de los deudores insolventes, o cuando esos bienes estén mezclados o confundidos con los de otro u otros deudores. Esta posible acumulación del concurso de ambos cónyuges ya ha sido abordada y aceptada por la práctica judicial².

¹ “Comentario a la Ley Concursal”, Coordinada por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.

² Así el auto del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004: “En principio la redacción del artículo 25 de la Ley Concursal indica que los mecanismos de acumulación de los concursos de personas casadas sólo puede producirse una vez ha sido declarado el concurso y a instancia de la administración concursal. Sin embargo, no tiene sentido ni procesal ni material tener que aguardar a dicha declaración para poder tramitar los concursos de modo acumulado desde su arranque, declaración conjunta que permite la Ley en los concursos necesarios (artículo 3.5). Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges -cuestión que se examinará en el fundamento siguiente- la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma

2.2. Disolución del régimen de gananciales

En el auto de declaración de concurso – artículo 21 LC – se establece en el apartado 7º que dicha declaración determinará, en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada para la disolución de la sociedad de gananciales, remitiendo al artículo 77.2 del mismo texto legal que indica que el cónyuge del concursado podrá solicitar la liquidación de dicho régimen siempre y cuando los bienes gananciales respondan de forma efectiva de las deudas privativas del cónyuge concursado³. El concursado puede solicitar la disolución en todo caso.

Este precepto determina que la disolución sea una facultad reconocida al cónyuge del concursado pero no existe precepto alguno que determine si dicha facultad se reconoce también en el supuesto de que estando ambos cónyuges declarados en concursos se pueda requerir la disolución del régimen de gananciales indistintamente por cualquiera de ellos.

A la vista del artículo 807 de la LEC parece evidente que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial, siendo competente para el conocimiento de este juicio el juez del concurso.

2.3. Acumulación de concursos voluntarios

Respecto de la acumulación del concurso de ambos cónyuges el artículo 25.3 de la Ley ha sido superado por la práctica en la medida en la que el mencionado precepto determina que hayan de dictarse los autos independientes de declaración de concurso de cada uno de los cónyuges y, una vez declarados, que los administradores concursales de cualquiera de ellos solicite la acumulación. Desde el inicio de la aplicación de la Ley Concursal se ha optado, Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 29-12-2004, por admitir la solicitud conjunta de concurso voluntario de ambos cónyuges con una sola demanda y documentos anexos – sin perjuicio de que se deban discriminar los activos y pasivos de cada uno de los miembros del matrimonio. Evitando con ello problemas de competencia, problemas de dualidad de órganos del concurso y gestionando las publicaciones del concurso, la insinuación de créditos y la emisión del informe de modo coordinado.

2.4. Las facultades patrimoniales de los concursados

En cuanto a las facultades patrimoniales del deudor – artículo 40 – debe, necesariamente, vincularse al artículo 44.2 en cuanto a la fijación de los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad del concursado que por su cuantía o naturaleza puedan quedar

administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.”

³ Así los profesores ORDUÑA y PLAZA en la obra “Comentario a la Ley Concursal” citada con anterioridad.

generalmente autorizados, e incluso al artículo 47 en cuanto al régimen de alimentos de los concursados.

En definitiva, no basta con fijar si el régimen patrimonial será de suspensión o de intervención, sino que la administración concursal habrá de fijar con mayor precisión qué actos o disposiciones patrimoniales quedan fuera de la fiscalización del concurso bien por tratarse de una cuantía ínfima; bien por ser los propios de la actividad de los concursados; o bien por entenderse incursos dentro de un criterio amplio de alimentos incluyendo no sólo los referidos a la manutención, sino también al transporte y desplazamiento del concursado, ocio, pequeñas liberalidades con familiares, etc. No cabe duda que la fijación de estos ámbitos de disponibilidad dependerán también de la concreta situación patrimonial de los concursados.

2.5. Los alimentos

La fijación de los alimentos en el concurso de las personas físicas – artículo 47 – no puede entenderse sólo en clave concursal, sino que debe vincularse a aquellos bienes y derechos que configuran el patrimonio inembargable en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo en lo referido a las rentas y sueldos respecto de los que no pueden efectuarse trabas – el doble del salario mínimo interprofesional y los correspondientes porcentajes respecto de las cantidades superiores a esos salarios -. No debe olvidarse que en el caso de personas físicas y, con más precisión en el supuesto de matrimonio:

- a) Que de modo motivado podrán fijarse alimentos por debajo del doble del salario mínimo interprofesional si se tiene en cuenta que el concurso puede gestionar los gastos de vivienda (alquiler o hipoteca), los suministros vitales (agua, luz y gas). De modo que los alimentos reconocidos coincidirán con un concepto muy estricto o reducido de los mismos que incluiría lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia sanitaria, desplazamiento u ocio indispensable.
- b) Que en el caso de un matrimonio podría establecerse una cantidad común para ambos que cubriera sus necesidades también comunes.
- c) No hay referencia en la Ley Concursal al régimen de alimentos en el supuesto de parejas no casadas. Debe advertirse que en algunas comunidades autónomas – Cataluña, Baleares – existen legislaciones en las que se reconocen alimentos a parejas no casadas, en otros territorios a falta de una normativa específica parece razonable extender el régimen de alimentos en caso de concurso asimilándolos al régimen de los matrimonios (así ORDUÑA y PLAZA); debe en este punto tenerse en cuenta que el artículo 93 cuando trata de los créditos subordinados se refiere no sólo al cónyuge sino a la persona que conviva con el concursado.

La falta de concordancia entre la Ley Concursal y la Ley de Enjuiciamiento civil es particularmente trascendente en la apertura de la liquidación. Así, mientras la Ley Concursal indica que se extingue el derecho a percibir alimentos con cargo a la masa activa – artículo 145 –, la LEC no modifica el ámbito patrimonial no sujeto a trabas, lo que habrá de determinar que el Juez respete cuando menos dichas cantidades y bienes – doble del salario mínimo, ajuar

familiar, bienes necesarios para la actividad profesional, incluso los bienes de valor ínfimo que no pueden ser sacados a subasta conforme a la LEC. Los profesores ORDUÑA y PLAZA han advertido de la necesidad de aplicar las normas “del sentido común” para buscar acomodo en el derecho civil respecto de los derechos de las personas que dependan económicamente del concursado que no puedan percibir alimentos de ninguna otra persona.

Por otro lado, si bien es cierto que en cuanto a los alimentos que los concursados deban prestar a terceros conforme a las normas de derecho de familia no será de aplicación la Ley Concursal, no se advierte que bajo la referencia del derecho de familia o los alimentos a menores en ocasiones se recogen contribuciones al pago de cargas que exceden de los alimentos – pago de segundas residencias, de vehículos en interés de la familia, asunción de actividades no imprescindibles ... - que deberán ser tratadas conforme al prisma concursal tanto en cuanto a las deudas anteriores a la declaración de concurso como en cuanto a la deuda contra la masa generada durante el concurso. Lo único que establece la Ley Concursal es que los alimentos que se deban a terceros – artículo 47.3 – se satisfarán con cargo a la masa, lo que determina su correspondencia con el artículo 84.2.4º de la Ley.- Sin embargo este precepto no soluciona tres cuestiones capitales:

- a) ¿Qué hacer cuando la masa no tenga liquidez? El artículo 154 parece claro respecto de la imposibilidad de iniciar ejecuciones dentro del concurso para el pago de créditos contra la masa sean del tipo que sean. Con ello se limitan las amplias facultades de apremio individual previstas en la LEC que quedarán sometidas al mandato genérico de suspensión de ejecuciones iniciadas y nulidad de las que se pretendan iniciar del artículo 55.
- b) Los alimentos considerados como crédito contra la masa no quedan fuera del principio del vencimiento en cuanto a su atención. Lo que puede determinar que los alimentos puedan quedar comprometidos.

No pueden asimilarse a los créditos contra la masa los alimentos debidos anteriores a la declaración de concurso, alimentos que, conforme al artículo 49 de la Ley se consideraran dos créditos concursales que, por lo demás, no gozan de privilegio alguno y que incluso podría verse postergado puesto que los acreedores de alimentos suelen ser las personas especialmente relacionadas con el concursado – art. 93 – sin que dicho artículo haga mención a la posibilidad de que esos familiares puedan estar inmersos en procedimientos de separación de hecho o en fases preliminares de un procedimiento de familia.

El régimen del artículo 47 es manifiestamente insuficiente y esta situación en cuanto a los alimentos se complicaría en el supuesto de que ambos cónyuges estuvieran en situación de concurso no habiendo liquidado su patrimonio común pero manteniendo deudas cruzadas derivadas de medidas cautelares matrimoniales.

2.6. Acciones rescisorias

Dos son las circunstancias reflejadas en la regulación de las acciones rescisorias que pueden tener trascendencia en cuanto a las relaciones conyugales. La primera de ellas se vincula a la determinación del concepto “liberalidades de uso” al tratar de las presunciones *iuris tantum*. La segunda se plantea respecto de la presunción *iuris tantum* de perjuicio en los actos

dispositivos a título oneroso con personas especialmente relacionadas. No hay encaje legal satisfactorio respecto de los efectos dado que el artículo 73 no establece la subordinación como consecuencia de la reintegración respecto del demandado salvo en los casos de mala fe, por lo que puede resultar posible desde un punto de vista teórico plantear un acto dispositivo con un pariente o familiar que, sin embargo, no se le pueda imputar por el hecho de serlo mala fe.

Las audiencias provinciales (SAP de Barcelona de 26 de septiembre de 2007) han tenido la oportunidad de declarar que el hecho de que se hayan acumulado concursos no ha de determinar la confusión de patrimonios a efectos de las acciones rescisorias.

2.7. La integración de los bienes conyugales en la masa activa del concurso

El artículo 77 de la Ley Concursal se refiere a una situación en la que sólo uno de los cónyuges está en concurso y el otro no. Si ambos cónyuges se encuentran declarados en concurso – acumulado o no – parece lógico que cualquiera de ellos pasa a disponer de la facultad de disolver la comunidad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad.

La cuestión fundamental en estos supuestos será la precisión en la elaboración de los inventarios y de la lista de acreedores puesto que en función del régimen matrimonial y del tipo de deuda se tendrán que distinguir entre:

- Bienes privativos o propios de cada cónyuge.
- Bienes gananciales o comunes de cada uno de los socios.
- Deudas privativas de cada cónyuge.
- Deudas comunes a ambos cónyuges.
- Deudas de un cónyuge respecto de las que deba responder el patrimonio común.

El incidente concursal de liquidación será competencia del juez del concurso y en él deberán ser parte en todo caso los cónyuges y la administración concursal.

2.8. El juego de presunciones del artículo 78 de la Ley

No es sencillo el redactado de este artículo inicialmente pensado para supuestos en los que uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso y el otro no. Lo que sí parece claro es que las presunciones no se aplicarán en supuestos de separación de hecho o de derecho. Aunque a este respecto el legislador no establece un período de “sospecha” similar al de las reintegraciones, por lo que se puede llegar a la situación absurda de que cónyuges separados de hecho días antes de la solicitud de concurso evitan los efectos de este artículo.

Por otra parte debe advertirse que el artículo 78 no hace sino regular una especialidad de la reintegración que obligará a la administración concursal a plantear el correspondiente incidente previo a la inclusión en el inventario. El primero de los apartados se refiere a los

supuestos de un cónyuge casado en régimen de separación de bienes, por lo tanto afecta a aquellos bienes adquiridos por el cónyuge no concursado respecto de los que la contraprestación se identifique que proviene del patrimonio del concursado. Estos bienes pasan a formar parte de la masa activa del concurso – salvo prueba en contra – pues se presume que sea contraprestación se ha hecho a título de donación, no es sino un reflejo de la presunción muciana. Debe advertirse – como indican ORDUÑA y PLAZA – que la presunción se proyecta sobre la totalidad de los bienes, no sobre la mitad de los mismos, aunque estos mismos autores defienden la posibilidad de que pueda aplicar proporcionalmente “cuando en la contraprestación se hayan empleado bienes que son titularidad del deudor junto con bienes cuya procedencia sea del cónyuge in bonis o no se puede determinar”.

Si el bien adquirido por el cónyuge no concursado lo ha sido con contraprestaciones cuyo origen no esté identificado, la presunción de donación afecta sólo a la mitad de esa contraprestación. En este caso se aplica la presunción a los bienes adquiridos durante el año inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Esta segunda presunción se aplica tanto a las adquisiciones entre cónyuges como las de éstos con terceros.

Debe advertirse que lo que se integra en la masa es lo donado o lo presuntamente donado, la contraprestación, circunstancia que permite considerar que con esta específica reintegración se pretende dejar sin efecto la donación.

La segunda de las presunciones se refiere a los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de supervivencia. En estos supuestos el bien se considera divisible y se debe integrar en la masa la mitad del mismo evitando con ello que el pacto de supervivencia determine un perjuicio para el cónyuge que antemuerá. Esa integración en la masa no ha de determinar de suyo la división del bien – el ejercicio de la acción de división de cosa común – sino sólo la inclusión del activo en ese modo reflejado en el inventario. Incluso se pudiera dar el caso de que en un escenario de liquidación la administración concursal prefiriera enajenar la cuota-parte del bien sin dividirlo siempre que fuera en interés del concurso.

El único elemento que “suaviza” permitiendo que el cónyuge no concursado eluda la inclusión del bien en el activo si satisface a la masa la mitad del valor – la ley no distingue si debe ser el valor de adquisición o si podrá generarse controversia respecto de las rentas o mejoras – supóngase que los cónyuges han adquirido un solar y en el momento del concurso de uno de ellos se ha levantado una vivienda financiada por el cónyuge no concursado. Las pautas para fijar el valor no son claras y, en caso de controversia, lo deja al arbitrio del juez una vez oídas las partes y la administración concursal. Sólo en el caso de la vivienda conyugal a favor del cónyuge no concursado se establece como valor el de adquisición pero actualizado conforme a las modificaciones del IPC, sin superar el valor de mercado. Esta opción de división diluiría su sentido si ambos cónyuges estuvieran declarados en concurso ya que esa adquisición previo pago de la mitad debería contar con el informe favorable de la administración concursal, informe que dependerá de la referencia que se utilice para fijar el valor. La preferencia que la Ley reconoce al cónyuge no concursado desaparece si ambos están declarados en concurso.

Dos cuestiones finales en este punto que pueden resultar de interés:

- a) Para poder articular todo este juego de presunciones la administración concursal no sólo ha de indagar en el patrimonio del concursado, sino también en el del cónyuge. Debe trasladarse el deber de colaboración al cónyuge no concursado.
- b) Estas fórmulas deberán encajar con el régimen legal de la comunidad de bienes matrimonial o el régimen económico de gananciales en cuanto a las presunciones de ganancialidad de determinados bienes.

2.9. Cuentas indistintas

Aunque el precepto del artículo 79 no sólo afecta a los matrimonios lo cierto es que es en el seno de un matrimonio o de una familia en el que se pueden producir estas situaciones. Si el concursado es titular de la cuenta de modo indistinto, la misma se integra en sus saldos acreedores – no en los deudores – en la masa activa. Esta decisión la adopta la administración concursal realizando una apreciación suficiente al respecto y contra esa decisión cabe plantear el incidente concursal que rompa con la presunción de que la cuenta debe dividirse – por ejemplo si se constatan ingresos de ambos cónyuges – o incluso atribuirse al cónyuge no concursado si todos los ingresos fueren suyos.

2.10. Reflejo del régimen económico matrimonial en el inventario

Cuando la administración concursal aborda la elaboración del inventario – artículo 82 – tiene el deber de recoger no sólo los bienes privativos del concursado, sino también los bienes comunes o gananciales con su correspondiente valor. El inventario se convierte en un instrumento importante en el procedimiento concursal sobre todo si se atiende a que conforme al artículo 97 de la Ley si en el inventario hay imprecisiones o errores sobre la naturaleza del bien como privativo o ganancial la falta de recurso al inventario determinará que el cónyuge no pueda cuestionar en otro momento la naturaleza de dichos bienes. Por lo tanto, el informe de la administración concursal se convierte en un instrumento esencial para la identificación de la naturaleza de los bienes.

2.11. Créditos contra el cónyuge del concursado

Por expresa indicación del artículo 84.2 al definir la masa pasiva del concurso no se incluirán los créditos que siendo del cónyuge del concursado deban ser satisfechos con cargo a los bienes comunes o gananciales. Con el objeto de ordenar este precepto será bueno identificar el siguiente esquema:

- a. Créditos del concursado que quedan cubiertos con cargo a sus bienes privativos.
- b. Créditos del concursado que deberán ser cubiertos con cargo a los bienes comunes.
- c. Créditos que no son del concursado sino de su cónyuge pero respecto de los que deberán responder los bienes comunes o gananciales.- Son los que quedan excluidos del inventario conforme al artículo 84.2; en cualquier caso en el inventario de activos deberán advertirse como cargas dichas deudas.

La administración concursal – artículo 86.3 – deberá recoger en la lista de acreedores si los créditos en el concurso de la persona física casada tendrán que hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común. Así aparece también en el artículo 94.2.II de la Ley concursal.

2.11. Sobre la subordinación de los créditos de los familiares del concursado

Del juego de los artículos 92 y 93.1 de la Ley no cabe otra conclusión que la de considerar que los créditos anteriores a la declaración de concurso que se encuentren pendientes de pago y de los que sea acreedor el cónyuge o sus descendiente han de ser postergados. Debe destacarse que el artículo 92 cuando identifica los créditos subordinados no discrimina entre los créditos derivados de conflictos de familia de otro tipo de créditos de los que puedan ser acreedores los familiares. Por otra parte tampoco se distingue entre familiares en situaciones de conflicto anteriores a la declaración de concurso. Con las normas de derecho de familia en la mano sólo evitarían la calificación de subordinados los créditos de cónyuges divorciados, dado que en el caso de separación o de créditos derivados de medidas cautelares no desaparece el vínculo matrimonial.

En todo caso en aras a una interpretación armónica de la Ley Concursal con el resto de normas – fundamentalmente las de derecho de familia – y con el fin de no llegar a soluciones formalmente acertadas pero con resultados injustos, parece razonable que no se posterguen los créditos contra el concursado del cónyuge o de los hijos cuando se hayan iniciado actuaciones judiciales antes de la solicitud de concurso.

2.12. Las propuestas condicionadas de convenio

No hay dentro de las normas de convenio ningún precepto específicamente previstos para los concursos de personas físicas casadas, tanto en el supuesto de que ambos cónyuges hayan sido declaradas en concurso, como para el supuesto de que una esté concursada y la otra no. En supuestos de concurso de persona casada el cónyuge no concursado podrá asumir algún tipo de obligación conforme al artículo 100 – los llamados convenios de asunción. En el caso de

que ambos cónyuges hayan sido declarados en concurso es posible la articulación de convenios vinculados o condicionados conforme al artículo 101.2, es decir que la aprobación de uno de los convenios se condicione a que el otro convenio sea aprobado.

Tampoco hay en las normas sobre liquidación preceptos específicos que pudieran aplicarse a los supuestos de personas casadas. Pese a ello deben traerse a este capítulo todas las normas y reglas referidas a la situación del patrimonio común y el régimen económico por cuanto el plan de liquidación – artículo 148 – o la realización de los bienes conforme a las normas subsidiarias afectará tanto a los bienes privativos como a los bienes comunes que respondan de las deudas del concursado. La liquidación, en todo caso, quedará supeditada a que se haya concluido el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad de bienes.

Finalmente en la calificación del concurso la situación de los matrimonios podrá verse reflejada bien por la vía de la complicidad – 166 –, como incluso por la vía de considerar en algunos supuestos, siempre y cuando se haya desarrollado la prueba correspondiente, que un cónyuge ha actuado como administrador de hecho del otro sobre todo en estructuras familiares muy tradicionales en la que fuere cual fuere la titularidad formal de los bienes es uno solo de los cónyuges el que adopta todas las decisiones determinantes que puedan afectar al patrimonio del concursado. La figura del administrador de hecho – artículo 172 de la Ley Concursal – obliga a que el Juez en la sentencia de calificación deba especificar las razones, circunstancias o hechos en base a los cuales llega a tal consideración. La figura del administrador de hecho permitirá por un lado la derivación de responsabilidades patrimoniales conforme al párrafo tercero del artículo 172, por otro la inhabilitación del administrador e incluso en los supuestos más graves la adopción de la medida cautelar de embargo durante la tramitación del procedimiento – artículo 48.