

## Vivienda familiar y concurso de acreedores (1) (2)

### *Family housing and bankruptcy*

#### **Matilde Cuenca Casas**

*Catedrática de Derecho Civil*

*Universidad Complutense*

*Editora del Blog Hay Derecho*

#### ÍNDICE

#### [Vivienda familiar y concurso de acreedores](#)

#### [I. LA EMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL: SU INTEGRACIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO](#)

- [1. La regla general de la embargabilidad de la vivienda habitual. Contraste con otras figuras presentes en otros ordenamientos](#)
- [2. El emprendedor de responsabilidad limitada](#)

#### [II. LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL](#)

- [1. Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad](#)
- [2. Deudor casado en régimen de separación de bienes](#)
- [3. Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges](#)

#### [III. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO OBTENIDA A TRAVÉS DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE PAGOS](#)

- [1. Vivienda no hipotecada](#)
- [2. Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través de cumplimiento de plan de pagos](#)

#### [IV. LA VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA Y OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO A TRAVÉS DEL ITINERARIO DE LIQUIDACIÓN](#)

- [1. Una necesaria referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la exclusión de la vivienda habitual hipotecada del plan de liquidación y su inaplicación en el Derecho vigente](#)
- [2. Vivienda familiar común gravada con hipoteca y concurso de acreedores de uno de los cónyuges o pareja de hecho](#)

#### [V. EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CONCURSO SIN MASA](#)

#### Normativa comentada

*Directiva 2019/1023 UE de 20 Jun. (marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración de deudas)*

*L 16/2022 de 5 Sep. (reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Leg. 1/2020 de 5 May., transposición de la Directiva 2019/1023 de 20 de Jun. sobre reestructuración e insolvencia)*

*RD Leg. 1/2020 de 5 May. (texto refundido de la Ley Concursal)*

#### TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

#### LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores

#### TÍTULO IV. De la masa activa

#### CAPÍTULO II. Del inventario de la masa activa

Artículo 199. *Descripción de los bienes y derechos.*

#### CAPÍTULO III. De la conservación y de la enajenación de la masa activa

SECCIÓN 2.ª. De la enajenación de bienes y derechos de la masa activa

SUBSECCIÓN 5.ª. De la cancelación de cargas

Artículo 225.  
*Cancelación*

*de cargas.*

CAPÍTULO V. De la reducción de la masa activa

Artículo 239. *Separación de bienes y derechos.*

TÍTULO XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores

CAPÍTULO II. De la exoneración del pasivo insatisfecho

SECCIÓN 2.ª. De los elementos comunes de la exoneración

SUBSECCIÓN 2.ª. De la extensión de la exoneración

Artículo 489.  
*Extensión de la exoneración.*

SUBSECCIÓN 3.ª. De los efectos de la exoneración

Artículo 492 bis. *Efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real.*

SECCIÓN 3.ª. De las modalidades de la exoneración

SUBSECCIÓN 1.ª. De la exoneración con plan de pagos

Artículo 496 bis.  
*Vencimiento e intereses.*  
Artículo 500.  
*Exoneración definitiva en caso de plan de pagos.*

TÍTULO XII. De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos

CAPÍTULO II. Del incidente concursal

Artículo 532. *Ámbito del incidente concursal.*

## Comentarios

### Resumen

La ejecución de la vivienda habitual plantea particularidades de régimen cuando el titular se encuentra en concurso de acreedores. El punto de partida es el estudio del problema de la embargabilidad de la vivienda habitual y las consecuencias económicas que conlleva a la luz de las diferentes opciones regulatorias escogidas en otros ordenamientos de nuestro entorno, realizándose propuestas al respecto. Importantes problemas se suscitan cuando el concursado está casado, ya que es necesario coherente la normativa concursal con la de los regímenes económico-matrimoniales lo que en ocasiones va a generar disfunciones que son abordadas en el trabajo. El aspecto más complejo tratado en este artículo se centra en el análisis de la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho fruto de la reforma concursal

operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que va a permitir —al menos nominalmente— que la vivienda no sea ejecutada. Cuando la vivienda está hipotecada y pertenece a ambos cónyuges o miembros de pareja de hecho y solo uno de ellos se declara en concurso se suscitan importantes dificultades interpretativas de la regulación vigente que son estudiadas en el presente trabajo.

#### Palabras clave

Concurso de persona física, régimen económico matrimonial, vivienda habitual, exoneración del pasivo insatisfecho, embargabilidad de la vivienda. Vivienda hipotecada.

#### Abstract

The foreclosure of a main residence raises questions regarding the legal system when the owner thereof is in bankruptcy. The starting point of the article is a study of the problem of seizing a main residence and the resulting economic consequences in the light of the different regulatory options chosen in other national legal systems, with proposals put forward in this regard. Major problems arise when the bankrupt person is married, since bankruptcy regulations must be aligned with those of economic-matrimonial systems, which sometimes give rise to dysfunctions that are covered in the article. The most complex aspect discussed herein focuses on the analysis of the new regulation covering exoneration of unsatisfied liabilities resulting from the bankruptcy reform implemented under Law 16/2022, of 5 September, which allows homes not be foreclosed, at least nominally. In this regard, major difficulties arise in interpreting the current regulation when the home is mortgaged and belongs to both spouses or members of a common-law couple and only one of them declares bankruptcy, problems that are examined herein.

#### Keywords

Insolvency of a natural person, matrimonial property regime, main residence, exoneration of unsatisfied liabilities, home seizure. Mortgaged home.

## I. LA EMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL: SU INTEGRACIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

### 1. La regla general de la embargabilidad de la vivienda habitual. Contraste con otras figuras presentes en otros ordenamientos

Si hay algo que le preocupa a una persona con problemas de solvencia es saber qué va a pasar con su principal activo que es la vivienda habitual. El riesgo de perderla es un incentivo negativo a la iniciativa empresarial (3) . Una de las primeras preguntas que hace el deudor a un profesional de la insolvencia es si puede salvar la vivienda cuando se declara en concurso. A resolver ésta y otras cuestiones relacionadas van dirigidas estas páginas.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en España la vivienda habitual es un bien embargable (4) , salvo que nos encontremos en el residual supuesto del empresario de responsabilidad limitada al que posteriormente me referiré. Por ello, por el principio de universalidad (art. 192 TRLC (LA LEY 6274/2020)) la vivienda forma parte de la masa activa. No obstante, existen en la regulación concursal algunas especialidades de régimen a las que me voy a referir en el presente trabajo. También aludiré a otras cuestiones que, si bien no están pensadas específicamente para la vivienda habitual, ésta sí puede verse afectada precisamente porque habitualmente está hipotecada.

**En otros ordenamientos sí se han arbitrado mecanismos tendentes a salvaguardar la vivienda familiar de la agresión de los acreedores** (5) . Me parece relevante echar un vistazo al Derecho comparado en esta materia porque no hay que olvidar que la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019) sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones (en adelante, DRI) cuya transposición ha dado lugar a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022) de reforma del Texto Refundido de la Ley

Concursal (TRLC) (LA LEY 6274/2020), prevé un supuesto de prolongación de la duración del plazo para obtener la exoneración del pasivo de 3 a 5 años cuando «*no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia*». Este supuesto está pensado teniendo en cuenta estas especialidades de régimen en materia de embargo de vivienda habitual presentes en algunos Estados miembros que evitan su ejecución tanto en el ámbito de la ejecución individual como colectiva. Es, por tanto, relevante a efectos de interpretación del vigente art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020) que prevé la falta de ejecución de la vivienda, la finalidad de la norma contenida en la DRI (LA LEY 11089/2019) que a su vez ha tenido presente estas especialidades en materia de embargo de vivienda.

En Italia se ha querido proteger especialmente el hogar familiar integrándolo en un patrimonio separado, el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 y ss. Código Civil italiano). Este patrimonio garantiza las obligaciones contraídas por los cónyuges para atender estas necesidades. Tales bienes (no solo la vivienda) no responden de deudas asumidas por uno solo de los cónyuges no relacionados con la atención de dichas necesidades familiares. Los bienes pertenecientes a este fondo patrimonial, del que la vivienda familiar es el elemento más importante, sólo pueden ser enajenados por ambos cónyuges y sólo puede ser embargado por las deudas para cuyo destino fue creado o por las contraídas con anterioridad a la constitución del fondo patrimonial (6) .

Aunque no se trata de un país de la UE, cuando se habla de embargabilidad de la vivienda no puede dejarse de mencionar la regulación específica de esta cuestión en los Estados Unidos. No todos los bienes del deudor pueden ser liquidados en el proceso concursal. Aunque la regulación americana en materia de insolvencia es regulación federal (Título 11 *USCode*), cada Estado de la unión tiene autonomía legislativa para ampliar el elenco de bienes exentos (inembargables). Por eso, Estados con una mayor cantidad de bienes exentos son más atractivos para los pequeños empresarios (7) . Ello provoca también el llamado «*forum shopping* (8) », dado que las ventajas que se pueden obtener en cada Estado son distintas en función de las denominadas «*property exemptions* (9) ».

La inembargabilidad total de la vivienda habitual *homestead exemption* (hogar seguro, según su traducción literal) (10) no opera con la misma intensidad en todos los Estados (11) . En siete Estados la vivienda familiar es totalmente inembargable: Arkansas, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota, Oklahoma y Texas. En otros Estados la exención por vivienda habitual es parcial, de manera que los acreedores pueden ejecutarla, pero del dinero que obtengan tras la ejecución, deberán restituírle una cantidad al deudor. En muchos Estados estas exenciones superan los 100.000 dólares. Los Estados que tienen un número importante de bienes inembargables tienen una población más emprendedora que los que tienen menos (12) . Sin embargo, el número de exenciones tiene efectos en relación con la mayor o menor facilidad de acceso al mercado crediticio y también al coste de este (13) .

Es preciso mencionar también la llamativa protección de la vivienda familiar en el derecho inglés (14) . El cónyuge no propietario tiene un «derecho de ocupación» sobre la vivienda familiar de la que fuera titular o cotitular el otro cónyuge, inscribible en el Registro sobre bienes inmuebles, oponible frente al cónyuge propietario y frente a terceros adquirentes del mismo. Se trata de un derecho que no emerge en situaciones de crisis matrimonial (tal y como sucede en España, art. 96 Cc (LA LEY 1/1889)), sino también en situación de normalidad, algo que tiene plena justificación. Así lo recoge la *Family Law Act* de 1996 (art. 31). El eventual comprador de la vivienda familiar deberá respetar el derecho de ocupación del otro cónyuge, que previamente debe ser inscrito. Producida la situación de crisis matrimonial, será el juez que decreta el divorcio el que determine la situación y régimen jurídico de la que fuera vivienda del matrimonio (15) . El derecho de ocupación del cónyuge en situación de normalidad matrimonial es, como he dicho, inscribible y opera como carga real frente a los acreedores cuyos derechos de crédito nacieron tras la inscripción de tal derecho.

En Francia se ha profundizado sobre la inembargabilidad de la vivienda del empresario individual que se recogía en los arts. 526 y ss del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) (16) , recientemente se ha reformado por la Ley 15 de septiembre de 2021. Hasta la fecha, el empresario podía declarar voluntariamente inembargable (declaración de no incautación) la vivienda por deudas derivadas de la actividad empresarial. La regla se justificó en que se consideraba un «verdadero escándalo para Francia (...) que un artesano o un comerciante tras un revés de la fortuna, pudiera encontrarse literalmente en la calle, arruinado, sin posibilidad de reflotar... cuando al mismo tiempo nos esforzamos, legítimamente, en reforzar las protecciones sociales para el resto de las categorías de población» (17) . No se trata de crear un patrimonio separado, sino que es un caso de patrimonio no sujeto.

Después de la reforma, el vigente art. 526 del Código de Comercio francés dispone que «(...) *los derechos de una persona física inscrita en el Registro Nacional de Empresas sobre el inmueble en el que se encuentra su residencia principal no pueden ser embargados por acreedores cuyos derechos surjan en relación con la actividad profesional de la persona. Cuando una parte de la residencia principal se utiliza para fines profesionales, la parte no utilizada para fines profesionales está exenta de embargo de pleno derecho, sin necesidad de una declaración descriptiva de división (..)*» (18) . La regla general, pues, es la inembargabilidad legal, sin necesidad de declaración expresa del empresario. Sí es ésta precisa si quiere una inembargabilidad de otros derechos sobre cualquier bien inmueble, edificado o no, que no haya utilizado con fines profesionales (párrafo segundo del art. 526-1 Código de Comercio francés).

## 2. El emprendedor de responsabilidad limitada

El legislador español es consciente de las perniciosas consecuencias que tiene el que la vivienda del empresario pueda ser ejecutada por deudas derivadas de su actividad. Por tal razón creó en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY 15490/2013) (en adelante, LE), la figura del empresario de responsabilidad limitada. Sin embargo, como rápidamente se puede deducir de su régimen jurídico, aunque la intención sea buena, el resultado no puede ser más decepcionante, tal y como ha confirmado el escaso uso que de esta figura se ha hecho en la práctica.

La figura se regula en los arts. 7 (LA LEY 15490/2013)-11 LE (LA LEY 15490/2013) y el destinatario es un emprendedor, no un empresario, el cual es definido en el art. 3 LE (LA LEY 15490/2013) como aquellas personas, *independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley*. Aunque formalmente queden incluidas las personas jurídicas, en este ámbito del embargo de la vivienda, se ven afectadas solamente las personas físicas (19)

Basta ver el elenco de requisitos que se exigen para que opere esta limitación de responsabilidad para concluir que la protección que se dispensa es muy limitada:

- Debe tratarse de vivienda habitual propia o común (20) del empresario, abarcando los casos de titularidad privativa o ganancial (art. 1320 (LA LEY 1/1889) y 1377 CC (LA LEY 1/1889)). En caso de tratarse de vivienda común en régimen de comunidad ordinaria (art. 392 y ss) la inembargabilidad afecta a la cuota correspondiente al cónyuge empresario que es lo único que pueden embargar los acreedores derivados de su actividad empresarial (21) . De nuevo, se pierde la oportunidad de dar un concepto de vivienda habitual.
- El valor de la vivienda no debe superar el límite máximo de 300.000 euros (art. 8.2 LE (LA LEY 15490/2013)). En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 a dicho valor. No se entiende la razón de límite por cuanto de lo que se trata de es incentivar la iniciativa empresarial protegiendo un bien de primera necesidad. Si el inmueble tiene un valor superior a dicha cantidad, la vivienda será embargable en su totalidad. Esta limitación cuantitativa no está presente en ordenamientos de nuestro entorno.
- No hay protección de la vivienda cuando se trata de crédito público, tal y como se desprende de la disposición adicional primera LE (LA LEY 15490/2013), algo que, a mi juicio, es lamentable a pesar de las normas especiales de ejecución que en la misma se contemplan.
- La exención debe tener reflejo registral, tanto en el Registro Mercantil como en el Registro de la Propiedad.

La inembargabilidad solo puede operar respecto de deudas asumidas con posterioridad a la constitución del emprendedor de responsabilidad limitada. Obviamente no afecta ni impide ejecuciones de garantías reales sobre la vivienda. Los requisitos que se imponen son muy onerosos y, como se ha señalado, en nada se diferencian de los necesarios para la constitución y funcionamiento de una sociedad unipersonal, opción esta última que, sin embargo, permite arriesgar únicamente los bienes y derechos que se aporten y salvaguardar el resto del patrimonio frente a todos los acreedores sociales y cualquiera que sea la naturaleza de la deuda. La declaración de inembargabilidad no juega, como es obvio, frente a acreedores anteriores con lo que, como usualmente la vivienda habitual ya se encontrará gravada con la garantía hipotecaria constituida para obtener el préstamo necesario para su adquisición, el interés de la medida se reduce drásticamente (22) .

La normativa es restrictiva y prueba de ello es que sólo se han inscrito 187 emprendedores de responsabilidad limitada desde que se aprobó la ley hasta diciembre de 2022 (23) . La clave de este fracaso no está solo en los fallos técnicos que presenta su diseño, sino también en las previsibles dificultades de acceso al mercado crediticio que puede padecer un empresario que restringe el ámbito del art. 1911 CC. (LA LEY 1/1889) Esto pasa especialmente en España donde el sistema de información crediticia es sumamente defectuoso, no existiendo un sistema comportamental que convierta la reputación financiera en un activo para el solicitante de crédito. No tenemos un sistema de información de crédito en el que los prestamistas compartan datos positivos de solvencia que reflejen el buen comportamiento crediticio del deudor más allá de la incompleta información que aporta la Central de información de riesgos del Banco de España (CIRBE). De esta forma, el solicitante que carece de patrimonio tiene serias dificultades de acceso al crédito. Esta falta de flujo de datos de solvencia positivos se ha justificado en el derecho a la protección de datos personales, si bien realmente esconde una práctica restrictiva de la competencia. Las entidades financieras se niegan a compartir datos positivos de solvencia de sus mejores clientes para evitar el riesgo de que sean captados por otras entidades que les ofrezcan mejores condiciones (24) .

Este fallo en el sistema de información crediticia provoca que cualquier limitación al art. 1911 CC (LA LEY 1/1889) pueda tener efectos perniciosos en el acceso al crédito del afectado. El acreedor ve limitadas sus posibilidades de ejecutar bienes del deudor ex art. 1911 CC (LA LEY 1/1889) y si tiene dificultades para distinguir entre buenos y malos pagadores por falta de datos fiables o bien denegará el crédito o lo encarecerá para todos los solicitantes. Ese encarecimiento es el que quieren evitar los empresarios y por eso no se acogen a este remedio del empresario de responsabilidad limitada.

En suma, esta excepción al art. 1911 CC (LA LEY 1/1889) que supone el empresario de responsabilidad limitada debe tenerse en cuenta en sede concursal (25) respecto de los acreedores derivados de la actividad empresarial pues esta limitación no opera para el resto de los acreedores. En la lista de acreedores deberá hacerse constar el elenco de acreedores afectados por esta limitación de responsabilidad. Por lo tanto, caso de ser ejecutada la vivienda, esta sale del patrimonio del deudor, pero sobre el precio de enajenación solo pueden cobrar los acreedores no afectados por la limitación y con absoluta exclusión de los acreedores perjudicados.

Fuera de este supuesto, la vivienda habitual es plenamente embargable y pasará a integrarse en la masa activa. No existen deseables mecanismos que garanticen la habitación del deudor en caso de que sobrevenga situación de insolvencia. Sólo un derecho de alimentos (arts. 123 (LA LEY 6274/2020) y 124 TRLC (LA LEY 6274/2020)) del concursado siempre que haya suficiencia de masa puede paliar los problemas que puede plantear la necesidad de habitación del deudor y de su familia.

A continuación veremos qué especialidades contiene la regulación concursal en materia de vivienda habitual del deudor.

## **II. LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL**

### **1. Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad**

El principio de universalidad previsto en el art. 192 TRLC (LA LEY 6274/2020) por virtud del cual se incluyen en la masa activa los bienes y derechos que integren el patrimonio del concursado en la fecha de la declaración de concurso, se ve excepcionado cuando el deudor está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. Y ello por la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, carente de personalidad jurídica y con caracteres propios de una comunidad germánica: los cónyuges carecen durante la vigencia del régimen de cuotas enajenables (y, por ende, embargables), sobre los bienes gananciales. Ello impide que en caso de concurso de uno de los cónyuges pueda incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes, tal y como aconsejaría un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)). Solo tras la disolución y liquidación del régimen conyugal les será adjudicada a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes que fueron gananciales o bien en régimen de comunidad de bienes romana o por cuotas (arts. 392 y ss. CC (LA LEY 1/1889)). Hasta la disolución del régimen, por lo tanto, no es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio común.

Ello plantea indudables particularidades de régimen en la fase de formación de masa activa. Es evidente que deben incluirse los bienes privativos del concursado (art. 193.1 TRLC (LA LEY 6274/2020)), pero más problemas plantea lo que sucede con los bienes gananciales. Lo más respetuoso con el principio de responsabilidad patrimonial universal,

es que la declaración de concurso provocara la disolución automática de la sociedad de gananciales de forma que solo se incluyera en la masa activa el derecho que sobre los mismos se le atribuya al concursado (26) .

Sin embargo, no fue este el criterio seguido finalmente por el legislador que prefirió incluir en la masa activa todos los bienes gananciales. Así, el art. 193 TRLC (LA LEY 6274/2020) dispone que *«si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado»*. Se incluyen en la masa activa bienes que se sabe que no pertenecen exclusivamente al deudor concursado.

El art. 193 TRLC (LA LEY 6274/2020) condiciona la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa a *«que deban responder de las obligaciones del concursado»*. Ello podría hacer pensar que es preciso que las deudas del concursado tengan la consideración de deudas gananciales, lo que exigiría un juicio previo por parte de la administración concursal acerca de la calificación del pasivo del concursado. De ahí que el artículo 286.4 TRLC (LA LEY 6274/2020) señale que *«cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se relacionarán separadamente los créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común»*. Obviamente la fijación del carácter común o privativo de la deuda será cuestión que deberá determinarse con arreglo a la legislación civil.

Sin embargo, esta norma es, a mi juicio, incorrecta. No existen créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo y créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común. Las deudas gananciales pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio privativo del cónyuge deudor y, además, sobre el patrimonio ganancial (art. 1369 CC (LA LEY 1/1889)). Las deudas privativas se pueden hacer efectivas con cargo al patrimonio privativo y, subsidiariamente, con cargo al patrimonio común (art. 1373 CC (LA LEY 1/1889)).

Por lo tanto, supeditar, como hace el art. 193.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), la inclusión de los bienes comunes en la masa activa a que deban responder de las obligaciones del concursado no es lo mismo que exigir que se trate de deudas gananciales. La expresión es más amplia. Y ello —insisto— porque en todos los regímenes económico-matrimoniales de comunidad y, en particular, en el de gananciales, los bienes comunes no sólo responden de las deudas comunes, sino que también lo hacen, si bien subsidiariamente, de las deudas privativas. Esto significa que *siempre* se van a incluir los bienes gananciales en la masa activa del concurso, puesto que no se vincula su inclusión a que las deudas del concursado sean comunes, sino a que *«deban responder de las obligaciones del concursado»*, lo cual, como se acaba de señalar sucede siempre.

El art. 125 TRLC (LA LEY 6274/2020) prevé como medio de defensa del cónyuge del concursado la concesión de la facultad de disolver el régimen conyugal (27) siempre que se incluyan bienes comunes en la masa activa, supeditándola a que deban responder de las obligaciones del concursado. Como he señalado, esto sucederá siempre, por lo que siempre el cónyuge del concursado gozará de esta facultad de disolver el régimen (28) .

El art. 125.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) señala que, presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa. Es claro con esta nueva redacción que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa (29) , si bien la norma sigue sin aclarar en qué consiste tal mandato de coordinación.

Sigo defendiendo que debe llevarse a cabo una liquidación meramente contable (30) , en la que se adjudique formalmente a cada cónyuge su derecho sobre el patrimonio común. Esta operación previa es absolutamente fundamental para que el cónyuge pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte. La particularidad de régimen es que los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no concursado deben hacerse constar en el inventario, pero no se detraen de la masa activa puesto que el art. 193 ordena su inclusión y el art. 251.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) ordena que se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Por lo tanto, tanto las deudas gananciales contraídas por el concursado, como por su cónyuge, se integran en la masa pasiva y ello, sin que el cónyuge tenga a su vez que ser declarado en concurso.

Estos antecedentes son imprescindibles para determinar lo que acontece con la vivienda habitual ganancial la cual, por lo dicho, se incluirá en la masa activa del concurso.

No obstante, se establecen una serie de reglas especiales. La primera se recoge en el art. 125.3 TRLC (LA LEY

6274/2020) cuando dispone que *El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.*

La norma viene a establecer una suerte de atribución preferente a favor del cónyuge del concursado, parecida a la contemplada en los arts. 1406 (LA LEY 1/1889) y 1407 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Por el contrario, el TRLC (LA LEY 6274/2020) permite dicha atribución por la simple declaración de concurso de uno de los cónyuges, siempre que se opte, claro está, por la disolución del consorcio. Esta norma es una prueba palpable de que se parte de una liquidación previa de la sociedad de gananciales, pues esta atribución preferente es una operación particional que se lleva a cabo en la fase común, y ello no tendría sentido si la liquidación de la sociedad de gananciales se llevara a cabo al mismo tiempo que la liquidación concursal.

La atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado realmente está evitando su agresión por los acreedores del concursado con el objeto de que ambos cónyuges —en definitiva, la familia— puedan seguir disfrutando de la misma para satisfacer su necesidad primaria de alojamiento. Por lo tanto, realmente constituye una medida de protección de ambos cónyuges que solo tendrá lugar cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas, supuesto en el que puede plantearse la hipótesis de que exista un remanente que repartir.

Precisamente el carácter común que debe presentar la vivienda habitual aleja a la figura regulada en el art. 125.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) del derecho de separación *ex iure dominii* que opera cuando el derecho pertenece en su totalidad a persona distinta del deudor concursado (art. 239.1 TRLC (LA LEY 6274/2020)). La inexistencia de cuotas sobre bienes gananciales hasta que se produce el efecto disolutorio y liquidatorio, y el hecho de que el cónyuge del concursado pueda obtener la totalidad del derecho de propiedad sobre la vivienda habitual excluye de este ámbito al derecho de separación.

Para que el derecho de adquisición preferente correspondiente al cónyuge del concursado sobre la vivienda habitual no perjudique los derechos de los acreedores, es preciso que se incorpore a la masa activa el exceso de adjudicación que en su caso pueda producirse cuando el valor de la vivienda sea superior a la cuota que le corresponde al cónyuge del concursado sobre el haber partible.

El art. 125.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) no hace referencia al criterio de valoración que debe seguirse respecto de la atribución de la vivienda habitual en el marco de la liquidación de gananciales. En ausencia de norma especial en materia de valoración, debe seguirse el criterio general del art. 201 TRLC (LA LEY 6274/2020), es decir, atribuirle el valor de mercado, criterio éste que se sigue con carácter general para la liquidación de la sociedad de gananciales en ausencia de otro específico en el Código Civil (31) .

Sin embargo, hay que tener en cuenta el art. 194 TRLC (LA LEY 6274/2020) que regula los derechos de adquisición preferente del cónyuge del concursado *«de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor»*. El art. 194.3, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022) de reforma del TRLC (LA LEY 6274/2020) establece que se *«considerará que el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado»*. Se ha suprimido la regla especial que se establecía en el precepto que valoraba la vivienda como el precio de adquisición *actualizado conforme al índice específico de precios al consumo, sin que en ningún caso pueda superar el del valor de mercado»*. Con la nueva redacción solo se puede mantener un valor distinto de mercado si es superior. El planteamiento, a mi juicio, es censurable porque parece promover un enriquecimiento injustificado de los acreedores. Además, no queda claro a qué se refiere la norma cuando alude *«al valor de tasación que tuviera establecido»*. Si, como suele ser habitual, la vivienda esté hipotecada y existe un informe de tasación realizado en sede concursal, el mismo será el de mercado por lo que no habrá problema. Si no es el caso y hay un valor de tasación mayor que el de mercado, parece que este último es el que debe prevalecer para que el cónyuge adquiera la vivienda, resultado insólito que no tiene mucho sentido pues perjudica a un bien indispensable como es la vivienda. Se ha pasado de una regla que beneficiaba al cónyuge a otra que le perjudica de forma notable. Lo razonable es que el cónyuge adquiera a precio de mercado. Ni más ni menos.

El art. 194 TRLC (LA LEY 6274/2020) se refiere al derecho de adquisición preferente de bienes gananciales lo cual es

técnicamente un imposible jurídico porque no hay cuotas enajenables vigente el régimen. Mientras los bienes son gananciales, y se está procediendo a la liquidación del régimen lo que existe es una atribución preferente de los bienes gananciales en el seno de la liquidación del régimen conyugal no pudiéndose ejercitar sin disolver ni liquidar la sociedad conyugal. Eso es lo que se regula en el art. 125.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) respecto de la vivienda.

El derecho de adquisición preferente sí tiene lugar entre bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria y no en gananciales porque, como he dicho, estos solo existen vigente el régimen y en tal caso no hay cuotas. Ni siquiera éstas existen en la comunidad postganancial, donde lo que hay es una cuota sobre el patrimonio ganancial y no sobre bienes concretos, en la línea de lo que también sucede en la comunidad hereditaria (32). Se puede entender que la norma contenida en el art. 194.1 realmente se está refiriendo a la atribución preferente en la liquidación de gananciales. Si bien el Código Civil solo establece estas atribuciones en normas específicas y respecto de determinados bienes gananciales (art. 1406 (LA LEY 1/1889) y 1407 CC (LA LEY 1/1889)), la norma concursal brinda un derecho de atribución preferente al cónyuge del concursado *sobre todo los bienes gananciales* adjudicados al concursado en la liquidación previa contable de la sociedad de gananciales. Si esto es así, cuando el cónyuge se atribuye la vivienda habitual habrá de aplicarse la regla de valoración del art. 194.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) citado.

## 2. Deudor casado en régimen de separación de bienes

Cuando el concursado está casado en régimen de separación de bienes y la vivienda es común en régimen de comunidad ordinaria y por cuotas, se integrará en la masa activa del concurso la cuota correspondiente al concursado.

La legislación civil concede al comunero un derecho de adquisición preferente (art. 1522 CC (LA LEY 1/1889)) que también debe hacerse valer en el proceso concursal con la particularidad de que no es preciso llegar a fase de liquidación. Al margen de ello y antes de entrar en fase de liquidación concursal, el art. 194 TRLC (LA LEY 6274/2020) concede al «*cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor*». Este derecho es nuevo, puesto que la LC sólo lo preveía para los bienes afectados con pacto de sobrevivencia (art. 78 LC), discriminando negativamente al resto de los cónyuges casados en separación de bienes que no podían hacer valer este derecho en la fase común.

En cuanto a la naturaleza de este derecho, el propio TRLC (LA LEY 6274/2020) con acierto lo califica como derecho de adquisición preferente. No es un derecho de separación (33) en tanto que no se detraen los bienes de la masa por ser propiedad del cónyuge del concursado. La cuota que se adquiere pertenece al concursado. El cónyuge adquiere la totalidad de un bien que no le pertenecía en su totalidad y por ello debe abonar la mitad de su valor.

Se trata de un derecho de adquisición preferente especial en tanto que su hecho generador no es la eventual adquisición de la cosa por un tercero, ya que se produce en fase de formación de masa activa. Se ha considerado como un derecho de opción (que sería de origen legal), dado que el cónyuge del concursado puede forzar a la administración concursal a transmitirle la mitad del bien correspondiente al concursado, sin que exista margen de maniobra en relación con el precio, dados los criterios de valoración introducidos en la Ley. Tampoco se puede afirmar que el cónyuge del concursado esté ejercitando la acción de división (34), pues no puede darse el supuesto contemplado en el art. 404 Cc (LA LEY 1/1889) que prevé en caso de desacuerdo de los comuneros en la adjudicación del bien, la venta en pública subasta de la totalidad y el reparto del precio. Se trata de un derecho de adquisición especial que no encaja exactamente en los tipos legales de adquisición preferente, y que se adapta a las especialidades de régimen que plantea el proceso concursal. Y es que técnicamente, cuando el cónyuge ejercita esta facultad, no se ha producido ningún tipo de enajenación forzosa del bien y puede suceder que no llegue a producirse porque el concurso no concluya con liquidación del patrimonio del deudor.

Cabe preguntarse acerca del plazo de ejercicio de este derecho por parte del cónyuge del concursado. Nada se dice en la norma, por lo que, en principio, habría que entender que puede hacerse valer en la fase común del concurso, en el momento de la elaboración del inventario en tanto que la función de éste es informar de los bienes que forman la masa activa y su valor, de manera que tal opción no podría ejercitarse una vez abierta la fase de convenio o liquidación del concurso. En el supuesto de que se haya elaborado el inventario desconociendo el derecho del cónyuge del concursado, éste podrá proceder a su impugnación mediante el planteamiento de incidente concursal (art. 532 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Sin embargo, hay que tener presente que, a diferencia de lo que sucede con el

derecho de separación (art. 239 TRLC (LA LEY 6274/2020)), en este caso el cónyuge detrae la cuota sobre el bien afectado de la masa, pero restituyendo su valor. Es más, sería más coherente con la naturaleza de este derecho y con la regulación de esta figura, el que se generara esta opción a favor del cónyuge del concursado cuando se pretendiera liquidar la cuota sobre el bien afectado. Por ello entiendo, que, dada la finalidad del derecho concedido al cónyuge del concursado, no debería haber obstáculo a su ejercicio incluso iniciada la fase de liquidación del concurso, concretamente al presentar el plan de liquidación.

Respecto a la regla de valoración, resulta de aplicación la regla específica contenida en el art. 194.3 ya citado y comentado que dispone que habrá tenerse en cuenta el mayor entre el valor de tasación que estuviera establecido o el de mercado.

### 3. Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges

En el Derecho español se da la paradoja de que la vivienda habitual se encuentra más protegida en situaciones de crisis que en casos de normalidad matrimonial, lo cual también tiene su reflejo en el proceso de ejecución universal.

En caso de normalidad matrimonial, la protección de la vivienda habitual se centra en determinadas restricciones a la libre disposición de la misma por parte del cónyuge titular, en los términos establecidos en el art. 1320 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Pero como ya he adelantado, la vivienda habitual carece de un estatuto particular que la excluya o proteja de las acciones de los acreedores, es decir, juega plenamente el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)). Por lo tanto, si la vivienda habitual es embargada por un acreedor del cónyuge titular, el otro cónyuge no podrá evitar tal embargo. Y ello, aunque la vivienda sea ganancial y el crédito que se pretende ejecutar tenga también carácter ganancial. Será de aplicación el art. 541 LEC (LA LEY 58/2000) que prevé las oportunas notificaciones al cónyuge no deudor. Por todo ello y, como se ha señalado, en caso de concurso de acreedores, la vivienda familiar o habitual de la familia entrará en la masa activa si es ganancial o la cuota correspondiente al concursado si la titularidad es en comunidad ordinaria. Por supuesto, tampoco en sede concursal se puede alegar el art. 1320 CC para evitar este efecto.

Sin embargo, en los casos de separación, nulidad o divorcio, hay que tener presente la norma contenida en el art. 96 CC (LA LEY 1/1889) que en su párrafo primero dispone que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes».

Asimismo, en el apartado tercero de dicho precepto (35) se establecen restricciones a la libre disposición del inmueble al cónyuge titular: *«Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»*.

Este último apartado es paralelo al art. 1320 CC (LA LEY 1/1889), si bien carece de sentido la extensión al art. 96 de la excepción prevista en el art. 1320 respecto de la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» dado que cuando hay un uso inscrito, tal manifestación es ociosa. Se han mezclado dos sistemas de protección que son opuestos (36). Como explicaré seguidamente, cuando el derecho de uso no está inscrito, la protección de los terceros viene dada por las reglas generales del sistema (37) y, particularmente, por las reglas de la fe pública registral (art. 34 LH).

Efectivamente, es preciso resaltar las consecuencias que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial universal tiene el nacimiento de este derecho de uso sobre la vivienda habitual consecuencia de una crisis matrimonial, el cual tiene lugar cuando la vivienda es privativa del cónyuge no usuario o cuando es de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o con carácter ganancial. Tales consecuencias se producen también en el proceso concursal.

EL derecho de uso que concede el art. 96 CC (LA LEY 1/1889) al cónyuge no titular, es un derecho oponible a terceros y que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad (38). De esta forma, si el derecho de uso constaba en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo, el adquirente del inmueble en pública subasta

deberá respetar el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Cosa distinta será el problema de la valoración de tal derecho de uso por el letrado de administración de justicia a efectos de practicar la oportuna liquidación de cargas y efectuar el correspondiente descuento del precio de tasación pericial del inmueble, pues tan sólo las hipotecas o las anotaciones de embargo son fácilmente valorables a estos efectos (39) .

Por lo tanto, caso de que un cónyuge sea declarado en concurso de acreedores y el uso de la vivienda familiar lo ostente el cónyuge no concursado, tal circunstancia deberá hacerse constar en el inventario de la masa activa (art. 199 TRLC (LA LEY 6274/2020)), de manera que, si el concurso finaliza en liquidación y se procede a la ejecución de la vivienda, el adquirente de la misma deberá respetar el derecho de uso. Este efecto no tiene lugar cuando se trata de ejecutar la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar y el uso ha sido atribuido al cónyuge no concursado con posterioridad a la constitución de la misma. El principio de prioridad registral provoca esta solución. En ese caso, si se procede a la ejecución de la hipoteca, ello traerá como consecuencia la extinción del derecho de uso dado que la hipoteca se ejecuta con las cargas y gravámenes que existen en el momento de su constitución y no en el momento de la ejecución (40) .

El carácter familiar del derecho de uso atribuido en situación de crisis matrimonial implica la indisponibilidad del mismo y su inembargabilidad (41) (art. 525 CC (LA LEY 1/1889)). De esta forma, si el concursado es usuario de un inmueble titular del no concursado, tal derecho de uso no podrá ser incluido en la masa activa del concurso.

Nada de esto sucede, como he dicho, cuando el concursado se encuentra en situación de normalidad matrimonial donde no existe un derecho de ocupación a favor del cónyuge no titular inscribible en el Registro de la Propiedad. Si el cónyuge titular de la vivienda es declarado en concurso, la vivienda entrará en la masa activa y el otro cónyuge nada podrá hacer para mantenerse en el uso de la misma. Si estuviera divorciado, como hemos visto, sí tendría alguna defensa, pero si su situación es de normalidad matrimonial, la desprotección es absoluta. Con razón se ha preguntado algún autor ¿No se ha consagrado una *discriminación* a favor de la familia disgregada? (42) .

### III. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO OBTENIDA A TRAVÉS DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE PAGOS

#### 1. Vivienda no hipotecada

El incentivo del deudor persona física a declararse en concurso es sin duda la posibilidad que tiene de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, EPI), regulada en los arts. 486 (LA LEY 6274/2020)-501 TRLC (LA LEY 6274/2020). Concedida la EPI de deudas exonerables, el deudor verá reducido su pasivo y podrá «volver a empezar» y, si se trata de un empresario, iniciar un proyecto empresarial tras su intento fallido. Tal exoneración se puede obtener a través de dos itinerarios que puede libremente escoger el deudor siempre que se reúnan los requisitos legales: exoneración de forma inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor (art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020)) o tras el cumplimiento de un plan de pagos de tres o cinco años (art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020)). La EPI es revocable cualquiera que sea el itinerario escogido durante el plazo de tres años (art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Y precisamente uno de los casos en los que la duración del plan de pagos puede ser prolongado a cinco años es «*cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia*».

La norma constituye una aplicación del art. 23.3 DRI (LA LEY 11089/2019) que prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer unos plazos de exoneración más largos en los casos en que:

- a) *una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional,*
- b) *o no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia.*

Parece que este apartado b) del art. 23.3 tenía en cuenta los supuestos a los que me he referido anteriormente de inembargabilidad de la vivienda y que están vigentes en algunos Estados miembros. La novedad radica en que, aunque la vivienda no sea inembargable en un determinado Estado, el juez puede evitar su ejecución siempre que el deudor haya optado por el itinerario del plan de pagos. La norma no se refiere al caso en que la vivienda esté hipotecada. Si el deudor deja de pagar el préstamo hipotecario, nada impedirá la ejecución de la vivienda. De hecho,

una de las grandes novedades de la reforma es que el pasivo que entra en el plan de pagos es el pasivo exonerable. Y ello a diferencia de lo que acontecía en la regulación anterior a la reforma en la que se exigía el abono de un umbral de pasivo mínimo para obtener la exoneración. Es decir, se exigía el abono de pasivo no exonerable para lograr la exoneración y de ahí que el pasivo que formaba parte del plan de pagos fuera el pasivo no exonerable.

Nada de esto sucede tras la reforma en tanto que la DRI (LA LEY 11089/2019) impide la imposición de umbrales de pasivo mínimo sin atender las circunstancias del deudor. Ahora, el deudor seguirá debiendo el pasivo no exonerable, pero podrá obtener la exoneración de las deudas exonerables. Dado que las deudas con garantía real son no exonerables hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8º TRLC (LA LEY 6274/2020)), tras la reforma no entran dentro del plan de pagos, por más que el pago del pasivo no exonerable deba ser tenido en cuenta por el juez para juzgar la viabilidad del plan de pagos (art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Pero una cosa es tener en cuenta el pasivo no exonerable para ver si el deudor podrá cumplir el plan de pagos y otra bien distinta afirmar que debe incluirse el pasivo no exonerable en el plan de pagos (43) . El calendario de pagos que se recoja en el plan no afectará al pasivo no exonerable (44)

En la medida que sólo es deuda no exonerable la deuda garantizada hasta el límite del privilegio especial, cabe la posibilidad de incluir en el plan de pagos la deuda que exceda de tal límite (art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020)) en la medida que tiene la naturaleza de deuda exonerable. Por ello, y sin perjuicio de lo que se señalará posteriormente, es posible una reestructuración de la deuda hipotecaria cuando el deudor se acoge al itinerario del plan de pagos y dicha deuda supera el límite del privilegio especial. Pero lo que por el momento debe aclararse es que la falta de ejecución de la vivienda a que se refiere el art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) no afecta a la deuda hipotecaria cuyo incumplimiento conducirá inexorablemente a la ejecución por más que el plan de pagos aprobado se haya prolongado a cinco años.

Si el deudor se acoge al *itinerario de liquidación* no hay base legal para excluir la vivienda habitual del plan de liquidación.

La exclusión de ejecución de la vivienda a que se refiere el art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) afecta a la vivienda de la que es propietario el deudor en todo o en parte o su familia. En esta última hipótesis, cabe englobar los supuestos de crisis matrimoniales a los que acabo de aludir en los que es posible que el inmueble propiedad del deudor concursado se encuentre gravado con un derecho de uso a favor de su cónyuge y, en su caso, pareja de hecho. Aunque tal derecho de uso no sea oponible a terceros por estar constituido con anterioridad e inscrito en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, el cónyuge usuario pudiera permanecer en la vivienda tras la ejecución, la norma objeto del presente comentario permite que el inmueble gravado no sea objeto de ejecución. Esta propuesta la puede hacer el deudor en la en la solicitud (art. 495 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Sólo se refiere a la vivienda habitual del deudor, no afectando a segundas residencias. Como en tantas otras ocasiones, no se da un concepto de vivienda habitual del deudor.

A mi juicio, lo que acontece por virtud de lo establecido en el art. 497 es una suerte de «*inembargabilidad judicial*» de la vivienda habitual que para ser eficiente debe afectar también a los acreedores por crédito no exonerable. Por más que el art. 490.2 TRLC (LA LEY 6274/2020) señale que pueden ejercitar sus acciones frente al deudor, hay que entender que las mismas encuentran su límite en esta *inembargabilidad judicial*. De lo contrario, su virtualidad práctica puede ser muy limitada y no tendría mucho sentido la prolongación de la duración del plan de pagos a cinco años si cualquier acreedor por deuda no exonerable pudiera embargar la vivienda del deudor (45) . Según un criterio de interpretación lógico y teleológico, procede interpretar las normas de manera que produzcan efectos y estos sean acordes con su finalidad. La norma no distingue y prolonga la duración del plan de pagos cuando no se realice la vivienda del deudor, sin que se restrinja esta posibilidad a determinados acreedores. Hay además que tener en cuenta que los acreedores por crédito no exonerable mantienen incólume su acción para ejecutar *sine die* el patrimonio futuro del deudor, por lo que la restricción al embargo de la vivienda es transitoria y viene compensado por una mayor duración del plan de pagos.

Precisamente porque todos los acreedores se ven en alguna medida afectados por la falta de ejecución de la vivienda habitual es por lo que el propio art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020) brinda a todos los acreedores personados (no sólo a los titulares de crédito exonerable) un derecho a hacer alegaciones sobre la propuesta de plan de pagos efectuada por el deudor.

De hecho, la interpretación que mantengo puede deducirse a *contrario sensu* del art. 498bis.1.2º que prevé la posibilidad de que dentro de los 10 días siguientes a la aprobación judicial del plan de pagos, cualquier acreedor afectado por la exoneración pueda impugnar el plan de pagos en el siguiente supuesto: «*Cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable, de la deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable*». Es decir, el mero hecho de que no se ejecute la vivienda habitual se convierte en causa de impugnación del plan de pagos cuando ejercitan los acreedores titulares como mínimo del 40% pasivo exonerable. Constituye formalmente de una acción de impugnación de la resolución de la concesión provisional de la exoneración y no una oposición. Tal y como he señalado en otro lugar, me parece censurable que la exclusión de la ejecución de la vivienda habitual pueda ser «vetada» por acreedores que representen el 40% del pasivo. Creo que el resultado es el mismo que si se requiriera el consentimiento de estos acreedores ya que el juez carece de margen de maniobra. Si se produce tal impugnación de la resolución sobre la exoneración provisional, señala el art. 498 bis que el «el juez no la concederá». Este consentimiento encubierto es contrario a los objetivos de la DRI (LA LEY 11089/2019). En el Considerando 74 claramente se señala que «*la presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores*». Cuando de EPI se trata la exoneración con plan de pagos es «impuesta» a los acreedores quienes sólo se pueden oponer por concurrir las excepciones del art. 487 TRLC (LA LEY 6274/2020) o falta de requisitos legales del plan de pagos. Pero uno de estos requisitos no puede ser un consentimiento de los acreedores. De nuevo, se trata de otro «gazapo *pro creditoris*» metido en la reforma que contradice la intención declarada en la exposición de motivos de favorecer la exoneración sin liquidación. Estas normas favorecen que el deudor escoja el itinerario de la EPI con liquidación.

A los efectos de lo que aquí interesa, hay que destacar que se permite la impugnación cuando no se aplique la vivienda habitual al pago tanto de *la deuda exonerable como no exonerable*. Ello parece dar a entender que cuando el juez decreta que no se ejecute la vivienda habitual, ello afecta también a los acreedores por crédito no exonerable. Si estos a pesar de todo pudieran ejecutar la vivienda habitual, no tendría sentido esta causa de impugnación que puede bloquear la medida porque vincula al juez. Por ello considero que, decretada por el juez la no ejecución de la vivienda habitual, ello afecta tanto a los acreedores por crédito exonerable como no exonerable. No se menoscaba el derecho de defensa de los acreedores por crédito no exonerable cuando no se les permite ejecutar la vivienda, pues tienen la posibilidad de oponerse (46) , tal y como establece el art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020).

## **2. Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través de cumplimiento de plan de pagos**

La condición de vivienda habitual del deudor concursado carece en el procedimiento concursal de un régimen especial en materia de paralización de la ejecución o del inicio de la misma tras la declaración de concurso. No se suspende la ejecución ya iniciada, ni se ve impedido el inicio de la ejecución posterior a la declaración de concurso. Sólo cabe esta paralización cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 146 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Por lo tanto, el acreedor real en caso de impago puede iniciar la ejecución antes de la declaración de concurso (art. 145 TRLC (LA LEY 6274/2020)), desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida la ejecución separada sobre ese bien o derecho, o una vez haya transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se haya enajenado la vivienda (art. 149.1 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

Como ya he adelantado anteriormente, la solicitud de la EPI por la vía del plan de pagos no supone una excepción a esta regla, dado que el plan de pagos no afecta al pago de deuda no exonerable como es la deuda con garantía real, ni puede impedir la ejecución de la garantía cuando hay un impago. Bien es verdad que, por virtud de lo dispuesto en el art. 499.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), incumplida la obligación garantizada cuando el deudor se ha acogido al itinerario del plan de pagos, el juez competente para atender de la ejecución hipotecaria será el juez concursal. Entiendo que esta competencia la asume el juez del concurso respecto de los nuevos procedimientos que se inicien durante el período de duración del plan de pagos (47) .

La deuda garantizada es deuda no exonerable (art. 489.1.8º TRLC (LA LEY 6274/2020)), pero hay que tener en cuenta la importante norma contenida en el art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020). En virtud de lo dispuesto en dicha norma, *si la garantía real se ha ejecutado* antes de la aprobación del plan de pagos, caso de que exista remanente de deuda pendiente, la misma tendrá la consideración de deuda exonerable y formará parte del plan de pagos.

*Cuando la garantía real no se ha ejecutado*, como el itinerario de exoneración con plan de pagos no exige liquidación del patrimonio y, por tanto, no se produce el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)), es claro que si el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario la ejecución hipotecaria no se producirá. Como ya he señalado, en el caso de que el deudor deje de abonar el préstamo hipotecario, el juez del concurso no puede por la vía del 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) decretar la no ejecución de la vivienda, e impedir la ejecución de la garantía real. Por ello, antes de que el juez decreta la extensión del plan de pagos a 5 años y la no ejecución de la vivienda, deberá asegurarse de que el plan de pagos es viable y que el deudor puede pagar el préstamo hipotecario. De lo contrario, tal extensión será inútil.

El art. 492 bis se plantea el escenario de que el bien gravado tenga un valor inferior al de la deuda hipotecaria, supuesto frecuente en la época de la burbuja inmobiliaria fruto de las irregularidades cometidas por los prestamistas en relación con la sobrevaloración de la tasación de los inmuebles, todo ello aderezado por unas normas de ejecución hipotecaria que incentivaban esos excesos (arts. 682 (LA LEY 58/2000), 670 y 671 LEC) y favorecían un efecto perverso: que quedara deuda pendiente tras la ejecución de la garantía (48) . Esta circunstancia no necesariamente se produce por un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista, ya que cambios del propio mercado puede producir cambios en la valoración de los inmuebles. Pero lo cierto es que la experiencia ha puesto de relieve que en muchas ocasiones ha sido un comportamiento irresponsable de los prestamistas el que provoca este efecto. De hecho, existe una regulación que pone límites a la concesión de préstamos en función del valor de tasación del inmueble precisamente para evitar que los cambios en la valoración del inmueble puedan menoscabar la garantía del acreedor (49) .

En la regulación anterior a la reforma (art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020)) la EPI sólo se podía lograr tras la ejecución de la garantía en la medida que la EPI exigía la liquidación de todo el patrimonio del deudor (art. 486 TRLC (LA LEY 6274/2020)). El sobrante de deuda que quedaba pendiente tras la ejecución, podía ser exonerado. Ahora ya no es así y es posible obtener la EPI sin ejecutar el patrimonio, acogiéndose el deudor a un plan de pagos y cabe preguntarse lo que acontece con la parte de deuda que excede del valor de la garantía conforme a lo previsto en los arts. 273 y ss. TRLC (LA LEY 6274/2020) y el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario. A esta cuestión se refiere el art. 492 bis.2 TRLC (LA LEY 6274/2020). En tal supuesto se establece que se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. Se produce, por tanto, una reestructuración de la deuda garantizada sin necesidad de que se produzca la ejecución, lo cual es una auténtica novedad (50) .

*La parte de deuda que exceda del valor de la garantía tiene la consideración de deuda exonerable y se incluirá en el plan de pagos recibiendo en el mismo el tratamiento que le corresponda* según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500 TRLC (LA LEY 6274/2020). No obstante, se prevé un caso de revocación especial en el art. 492 bis.3 TRLC (LA LEY 6274/2020) para el caso de que, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada.

De esta forma, a efectos concursales, se va a dividir la deuda hipotecaria en dos: la cubierta por el valor de la garantía y la que excede del valor de la garantía.

La deuda que excede del valor de la garantía se considera deuda exonerable y pasa a formar parte del plan de pagos, suspendiéndose el devengo de intereses, que es lo que acontece con todo el pasivo exonerable (art. 496 bis TRLC (LA LEY 6274/2020)).

Así, por ejemplo, si una deuda garantizada asciende a 500.000 euros y el valor de la garantía cubre 450.000 euros, solo esta última cantidad tendrá la consideración de deuda no exonerable. Los 50.000 euros restantes podrán ser exonerados.

Respecto a parte de deuda que quede cubierta por el valor de la garantía (450.000 euros), sí se devengarán intereses (art. 496 bis (LA LEY 6274/2020). 3 TRLC). Las cuotas del préstamo hipotecario se recalcularán teniendo en cuenta exclusivamente la parte de deuda cubierta por el valor de la garantía. Respecto a los intereses, caso de que fueran variables, se tendrá en cuenta el pactado, tomando como tipo de interés de referencia el que corresponda en la fecha de aprobación del plan. En suma, las nuevas cuotas hipotecarias solo cubren la deuda cubierta por el valor de la garantía que, siguiendo nuestro ejemplo, sería de 450.000 euros de capital más los intereses. Esta deuda

cubierta por el valor de la garantía es no exonerable y no forma parte del plan de pagos. En éste sólo se incluirán los 50.000 euros que es la parte de deuda que excede del valor de la garantía.

Como el resto de las deudas exonerables, esta cantidad que excede del valor de la garantía resultará exonerada tras el cumplimiento del plan de pagos.

Como se puede comprobar, este sistema genera un incentivo a este itinerario para los deudores puesto que si se acogen al plan de pagos pueden reestructurar su deuda hipotecaria siempre, claro está que sea una hipoteca de alto riesgo (para el acreedor), es decir, que la cantidad de deuda hipotecaria supera el valor de la garantía. La regulación merece, a mi juicio, una valoración muy positiva.

Por lo tanto, el deudor puede conservar la vivienda hipotecada y obtener una exoneración del pasivo cuando se acoge al itinerario del plan de pagos, pudiendo, en su caso, obtener una reestructuración de la deuda hipotecaria. Por supuesto, si el deudor deja de pagar el préstamo, nada impedirá la ejecución de la vivienda incluso en el caso de que el plan tenga una duración de 5 años por no ejecutarse la vivienda. Como he dicho, esta imposibilidad de ejecutar afecta al embargo y no a la ejecución de la hipoteca.

#### **IV. LA VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA Y OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO A TRAVÉS DEL ITINERARIO DE LIQUIDACIÓN**

##### **1. Una necesaria referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la exclusión de la vivienda habitual hipotecada del plan de liquidación y su inaplicación en el Derecho vigente**

La segunda vía para obtener la exoneración es la que acontece tras la liquidación del patrimonio del deudor. Se ejecuta todo el patrimonio inembargable y la deuda exonerable pendiente tras la ejecución se extingue por la obtención de la EPI. Esta era la única vía en la regulación anterior de la reforma y que partía de la idea de que el sacrificio de los derechos de los acreedores que la EPI implica solo se justificaba si se dedicaba al pago de estos todo el patrimonio del deudor con el límite del inembargable, en la línea del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC (LA LEY 1/1889)). La ventaja de este itinerario es que permite la obtención de la exoneración de manera inmediata, sin necesidad de esperar un plazo de tres años y con carácter definitivo, aunque revocable (art. 493 TRLC (LA LEY 6274/2020)).

La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC (LA LEY 6274/2020)), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 (LA LEY 6274/2020) y 250 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Asimismo, también puede entrar en este itinerario de exoneración con liquidación las microempresas sujetas al procedimiento especial regulado en los arts. 685 y ss. TRLC (LA LEY 6274/2020). Según lo dispuesto en el art. 700 TRLC (LA LEY 6274/2020), fracasado el plan de continuación, el deudor podrá optar por la exoneración del pasivo insatisfecho escogiendo el itinerario de liquidación. También es posible que se abra este itinerario cuando ha fracasado el itinerario del plan de pagos (art. 500 bis).

Así como en el itinerario del plan de pagos es necesario que existan posibilidades objetivas del cumplimiento del plan (art. 498 TRLC (LA LEY 6274/2020)), ningún requisito se exige para que el deudor acuda al itinerario de la liquidación. No es preciso ningún análisis patrimonial ni que se acredite que no hay medios para cumplir un plan de pagos. Esto no sucede en otros ordenamientos (51) en los que el procedimiento de liquidación se configura como subsidiario.

Abierta la fase de liquidación se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y esto afectará también a la deuda hipotecaria. Es indiscutible la ejecución hipotecaria sobre todo cuando la deuda es inferior al valor del bien y el sobrante servirá para atender los créditos de los demás acreedores. No cabe solicitar la exclusión de la vivienda del plan de liquidación alegando el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE (LA LEY 2500/1978)). Abierta la fase de liquidación, no hay base legal para excluir la vivienda del plan de liquidación. Así lo señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), núm. 932/2019 (LA LEY 59234/2019) de 17 de mayo. Sólo cabe excluir los bienes inembargables y la vivienda no lo era. Su doctrina es plenamente aplicable en la actualidad cuando el deudor escoge el itinerario de liquidación, que era el único que existía antes de la reforma.

El problema es cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien dado en garantía, supuesto que entraría dentro del concepto de concurso sin masa (art. 37.bis TRLC (LA LEY 6274/2020), apartado d)), siempre que no existieran otros bienes suficientes para atender los costes del procedimiento. Caso de que sí existieran tales bienes y el supuesto no fuera reconducible al concurso sin masa al que posteriormente me referiré, ¿es posible excluir la vivienda hipotecada del plan de liquidación cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien?

Para resolver esta cuestión en el ámbito del Derecho vigente es necesario hacer mención a la doctrina jurisprudencial que se construyó con base en el art. 178 bis LC y que algunos autores como veremos sigue siendo aplicable al derecho vigente tras la reforma operada por la Ley 16/2022 (LA LEY 19331/2022).

La exclusión de la vivienda hipotecada del plan de liquidación fue planteada por primera vez en el auto del Juzgado mercantil n.º 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 que concedió una exoneración del pasivo pendiente (con arreglo al régimen que estaba vigente antes de la aprobación del RDL 1/2015 (LA LEY 2841/2015)) sin haberse ejecutado la hipoteca. Su doctrina fue acogida en uno de los acuerdos (nº12) aprobados en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI n.º 50 de Barcelona (52) *«Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía»*. Se considera que, si se dan estas circunstancias, los demás acreedores no tienen interés en la liquidación de la vivienda pues la cantidad que se obtuviera solo serviría para pagar el crédito privilegiado especial. Con todo, se exigía el consentimiento del acreedor, lo cual hacía esta solución todavía más llamativa (53) .

Esta solución se basaba en el art. 468.3 TRLC (54) que, según esta postura jurisprudencial, permitía concluir la liquidación sin ejecutar *«bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto del previsible valor venal (...)»*. Una cosa es que no merezca la pena ejecutar un bien por el escaso valor que se va a obtener y otra entender que en esa hipótesis se encuentra la vivienda habitual solo por el hecho de que habrá sobrante de pasivo tras la ejecución. Creo que el argumento no tiene pase, por más que la crítica a este planteamiento haya sido calificada con cierta sorna como *«visión turbada por el espanto de la norma (55) »*... A efectos de la obtención de la exoneración, lo relevante no es si hay sobrante o no tras la ejecución para la satisfacción del resto de los acreedores, sino que es preciso que se ejecute para que el sobrante pueda ser objeto de exoneración cuando se trata de bienes con garantía real (así se deducía del art. 497.1.2º TRLC (LA LEY 6274/2020) en su redacción anterior a la reforma).

Se consideraba que la ejecución de la vivienda en tales condiciones no permitía una mayor satisfacción de los intereses de los acreedores, ni tampoco del acreedor hipotecario. En el fondo, la única base que ha tenido esta argumentación era el deseo (loable) de evitar que el deudor perdiera su vivienda, aunque ello fuera, si se me permite la expresión, *«pan para hoy y hambre para mañana»*.

A mi juicio, no había base legal para excluir del plan de liquidación la ejecución de la vivienda habitual hipotecada, pues la exoneración de deudas exigía en todo caso la liquidación del patrimonio, tal y como expresaba el art. 486 TRLC (LA LEY 6274/2020), sin que estuviéramos ante excepciones que evitaran su exclusión del plan de liquidación. Abierta la fase de liquidación, se producía el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)), sin que pudiera seguir satisfaciéndose el préstamo hipotecario en las condiciones originalmente pactadas y sin que pudiera acogerse al remedio del art. 430.2 TRLC (LA LEY 6274/2020), referido a la exclusión del plan de liquidación de un bien afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor. Tampoco cabía la rehabilitación del crédito ex art. 166 TRLC (LA LEY 6274/2020). Ningún precepto permitía la exclusión de la vivienda hipotecada de la masa activa (56) , cosa que debería suceder para evitar su liquidación. De hecho, la circunstancia de que se prevea que el sobrante de pasivo pendiente tras la ejecución es exonerable, evidencia que, en el trámite de exoneración, las garantías reales deberían haberse ejecutado.

Por otro lado, no hay que obviar que, de no ejecutarse la hipoteca en el escenario de deuda superior al valor de la garantía y permitir la subsistencia del aplazamiento de pago a pesar de la apertura de la fase de liquidación, parte de crédito ordinario (el que excede del valor de la garantía) estaría siendo pagado anteponiéndose a los demás acreedores ordinarios que se ven abocados a la exoneración. Se produce una alteración de la regla *par conditio creditorum* sin base legal alguna.

Pero es que, además, aunque la falta de ejecución de la hipoteca pudiera parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo era en el contexto de la legislación derogada y más bien beneficiaba a las entidades financieras para escapar (57) a la exoneración del pasivo. Efectivamente, en caso de ejecución, el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas. Así lo reconocía la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia n.º 11/2020, de 23 de enero: «*Cuando la deuda supera el valor de la garantía, y el crédito no está vencido por estar al corriente en el pago de las cuotas hipotecarias, no tiene sentido realizar el viene mientras estas circunstancias se mantengan, ya que la venta del bien hipotecado no puede beneficiar a los demás acreedores. Lo único que haríamos es perjudicar al acreedor hipotecario, que está cobrando su crédito, y a los deudores que pierden su vivienda*» (58) .

Esta doctrina de los tribunales que excluía del plan de liquidación la vivienda hipotecada en tales circunstancias sólo beneficiaba a los acreedores que evitaban que el sobrante tras la ejecución pudiera verse afectado por la exoneración. Y no hay que olvidar que se producía el vencimiento anticipado de la obligación con la apertura de la fase de liquidación, de forma que no era viable «seguir pagando» el préstamo hipotecario. Ese «espanto de norma» como se ha calificado (59) , protege al deudor más que esta doctrina que mantienen algunos jueces que ampara los intereses de los acreedores. Y no se diga que es el deudor el que consiente este efecto porque esta posibilidad no se la brinda la norma (60) . Los acreedores y deudores no deciden en el trámite de exoneración qué se ejecuta y qué no. Insisto: esto lo tiene que decir la ley no se pueden deducir efectos ni nuevos trámites sin base legal.

Si no se ejecutaba la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor podía hacerlo después y el deudor seguiría debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000), que es menos beneficiosa para el deudor. Por lo tanto, no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores perjudicaba al deudor. Si la entidad quería llegar a un acuerdo con el deudor, podía haberlo hecho en fase prejudicial cuando todavía estaba vigente el acuerdo extrajudicial de pagos.

Esta forma de actuar de los jueces generó inseguridad jurídica y, a mi juicio, no cabía deducir esta solución según los criterios de interpretación legales.

Tras la aprobación de la reforma ya no debería haber espacio a esta inseguridad jurídica. La propia ley prevé un escenario en el que puede no ejecutarse la vivienda (excluyendo cualquier otro) y es cuando el deudor se acoge al itinerario de la exoneración con plan de pagos (61) . De manera imperativa, el art. 497 establece que la duración del plan de pagos será de 5 años. No hay margen judicial en este terreno. La única forma de obtener la exoneración sin liquidación de la vivienda es acogiéndose al plan de pagos. De hecho, en los países donde se acoge esta medida, como es el caso de los EEUU (62) , el principal incentivo para acudir a la exoneración con plan de pagos es precisamente el deseo de evitar la ejecución de la vivienda habitual (63) .

Si el deudor se acoge al *itinerario de liquidación*, al igual que lo que acontecía antes de la reforma y ahora con mayor razón, no hay base legal para excluir la vivienda habitual del plan de liquidación (64) . Veremos la aplicación judicial de la norma, pero sospecho que las mismas razones que motivaron la exclusión de la vivienda de la liquidación se van a utilizar con el nuevo texto, a pesar de que esta posibilidad solo se prevea para el deudor que se acoge al itinerario del plan de pagos. Si se hace tal interpretación, no habrá incentivos por acoger el plan de pagos. Esperemos que tal perturbadora interpretación no se consume.

## **2. Vivienda familiar común gravada con hipoteca y concurso de acreedores de uno de los cónyuges o pareja de hecho**

Especiales problemas se plantean en el no poco frecuente supuesto en el que la vivienda habitual se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario contraído solidariamente por ambos cónyuges.

Cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y sólo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Si el préstamo se está pagando, lo recomendable en este caso es que el deudor se acoja al plan de pagos que no conlleva liquidación del patrimonio. De esta forma, obtendrá una reestructuración de su pasivo y se evitará la ejecución de la vivienda habitual.

En el caso de que el concursado escoja el itinerario de liquidación, y el cónyuge no concursado pueda hacerse cargo del pago del préstamo hipotecario, éste podría solicitar la disolución del régimen conyugal para dejar de generar, en su caso, recursos gananciales y ejercitar en la liquidación de la sociedad de gananciales su derecho de atribución

preferente sobre la vivienda (ar. 125.3 TRLC (LA LEY 6274/2020)). El cónyuge se adjudica la vivienda en la liquidación de gananciales. Sin embargo, el concursado no pierde su condición de deudor hipotecario, salvo consentimiento del acreedor (art. 1205 CC (LA LEY 1/1889)). El pasivo hipotecario permanece en la masa pasiva y la vivienda en la masa activa, pero haciéndose constar en el inventario la adjudicación al cónyuge del concursado. En esto consiste el mandato de coordinación entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la liquidación concursal.

Si el concursado solicita la EPI con itinerario de liquidación, entiendo que no se produce el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)) respecto del cónyuge no concursado codeudor solidario que está atendiendo el préstamo hipotecario. La declaración de concurso se trataría como una excepción personal que no puede perjudicar a los demás deudores ni al propio acreedor. Resultaría de aplicación en este caso la regla contenida en el art. 1.148 CC (LA LEY 1/1889) que permite al deudor solidario oponer al acreedor las excepciones objetivas (o reales) y subjetivas o personales. El beneficio del plazo sería una excepción objetiva que puede oponer cualquiera del resto de deudores solidarios (65) .

Esta operación no puede perjudicar los derechos de los acreedores quienes conservarán sus acciones contra el cónyuge del concursado pudiendo agredir no solo la vivienda, sino también el resto de gananciales adjudicados y su patrimonio privativo (art. 1369 CC (LA LEY 1/1889)). Esta es la opción más razonable para los acreedores también en el caso de que pasivo hipotecario supere el valor de la garantía ya que, de lo contrario, producida la ejecución, el sobrante sería objeto de exoneración.

En caso de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, al compartir bienes en régimen de comunidad romana (arts. 392 y ss.), cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC (LA LEY 6274/2020)). Sin embargo, la totalidad del inmueble se encuentra gravado con una hipoteca que es indivisible. Ello significa, según dispone el art. 122 Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) (LH) que la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (...). Aunque se incluya en la masa activa solo la cuota sobre el bien correspondiente al concursado toda la finca responde del crédito garantizado (art. 1860 CC (LA LEY 1/1889) y arts. 122 y ss LH). Toda la finca hipotecada responde de la devolución del préstamo, aunque al concursado sólo le corresponda el 50% (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 11 de noviembre de 2022 (LA LEY 286303/2022) y no cabe alegar el art. 225 TRLC (LA LEY 6274/2020) (art. 149.5 LC) para solicitar la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Tal precepto no está pensado para esta hipótesis en que queda pendiente deuda hipotecaria sobre la finca indivisa. Como se señala en la sentencia citada: *«En caso de venderse una mitad indivisa de la finca propiedad del concursado, dicha venta no determinará la cancelación total o parcial de la hipoteca constituida sobre toda la finca si el préstamo garantizado con la hipoteca se encuentra al corriente en el pago de las amortizaciones»* (66) .

Si hay impago del préstamo, la hipoteca se ejecutará, pero si el no concursado sigue abonando el préstamo caben dos escenarios:

1º. Que el concursado se acoja al itinerario del plan de pagos. Si la deuda supera el valor de la garantía, es posible la aplicación del art 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020), reestructurándose la deuda hipotecaria hasta el valor de la garantía. En este caso, dado que sólo uno de los cónyuges está en concurso, cabe preguntarse cómo se lleva cabo tal reestructuración ¿Se tiene en cuenta solo la mitad del préstamo que le correspondería al concursado o se reestructura la totalidad?

Con un ejemplo se visualiza mejor el problema.

Carlos y María casados en régimen de separación de bienes. Ambos propietarios al 50% de la vivienda habitual cuyo valor es de 300.000 euros. La vivienda está gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo por importe de 330.000 euros. Carlos es declarado en concurso y solicita la EPI por la vía del plan de pagos. En la masa activa entra 150.000 euros (50% vivienda) y en la masa pasiva se incluye el 100 % del préstamo hipotecario dada su condición de codeudor solidario y el principio de indivisibilidad de la hipoteca.

Según el art. 492 bis (LA LEY 6274/2020) y 489.1. 8º TRLC es crédito exonerable la parte que exceda del valor de la garantía. Serían 30.000 euros si tenemos en cuenta la totalidad de la deuda hipotecaria, pero entiendo que sólo hay que valorar el 50%, siendo exonerable 15.000 euros que pasarán a formar parte del plan de pagos. De lo contrario, si

incluimos los 30.000 euros se estaría beneficiando el no concursado solvente de una reestructuración. Entiendo que hay que rebajar la cuota mensual teniendo en cuenta el 50% de la deuda hipotecaria. Ello no contradice el principio de indivisibilidad de la hipoteca porque en caso de impago, habrá que incluir la totalidad de inmueble en el plan de liquidación. No se podrá ejecutar solo el 50% correspondiente al concursado.

#### 2º. Que el concursado se acoja al itinerario de liquidación.

Al igual que señalé con ocasión del régimen de gananciales, si el cónyuge del concursado sigue abonando el préstamo hipotecario puede oponer la excepción objetiva del beneficio del plazo (art. 1148 CC (LA LEY 1/1889)) y evitar el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)). De esta forma no se ejecutaría la hipoteca.

No obstante, los acreedores no pueden verse perjudicados de la falta de ejecución, lo cual sucedería en el caso de que el valor del bien superara el de la deuda hipotecaria, ya que quedaría sobrante tras la ejecución. En tal caso, cabría ejecutar la cuota que sobre la vivienda corresponde al concursado, si bien con la subsistencia de la hipoteca sobre todo el inmueble, por lo que, concluido el concurso, el adquirente podría ejercitar la acción de división de cosa común que considerara pertinentes.

### **V. EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y CONCURSO SIN MASA**

Si hay un aspecto mal regulado en la reforma operada por la Ley 16/2022 (LA LEY 19331/2022) es, a mi juicio, el concurso sin masa, es decir, aquel en el que el deudor carece de recursos siquiera para pagar los gastos derivados del procedimiento (arts 37 bis y ss). Parece haberse olvidado el legislador de que también el deudor puede solicitar la EPI en estas hipótesis (art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y hay un difícil encaje entre la regulación del concurso sin masa y la de la EPI. Veamos por qué.

En el concurso sin masa el deudor llega «sin nada» y no es previsible el ejercicio de las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. En estos casos la regulación establecida en el artículo 501 del TRLC (LA LEY 6274/2020) determina que el deudor pueda optar a la exoneración definitiva vinculada a la liquidación de su patrimonio. Cuando el deudor no tenga realmente masa no habrá problema en que acceda a la exoneración definitiva, pero cuando conste con masa, aunque sea insuficiente, el juez del concurso debería constatar que se ha liquidado ese patrimonio antes de reconocer el derecho a la exoneración. Pues bien, esto que parece obvio, no sucede en la regulación aprobada.

Esta insuficiencia de masa puede evidenciarse en la propia declaración de concurso, en cuyo caso la ley prevé su conclusión o constatarse con posterioridad durante la tramitación del procedimiento. Hasta ahora, esta materia estaba regulada en los arts. 470 (LA LEY 6274/2020)-472 TRLC (LA LEY 6274/2020), si bien tras la reforma tales preceptos han sido derogados y su regulación se contiene en los arts. 37 bis a 37 *quinquies* para el concurso sin masa, manteniéndose la regulación separada de la conclusión de concurso por insuficiencia de masa en los arts. 249 (LA LEY 6274/2020) y 250 TRLC (LA LEY 6274/2020), también reformados.

El cambio más relevante respecto de la normativa derogada es que antes era precisa la liquidación del patrimonio que podía tener el deudor, aunque fuera insuficiente para el pago de los gastos derivados del procedimiento. Ahora esto no es así. Efectivamente, el deudor puede tener bienes embargables, aunque el concurso sea sin masa. No en vano, los gastos del proceso dependen mucho del pasivo y si este es alto, los de procedimiento también pueden serlo. De ahí que, en la regulación ya derogada, fuera preciso nombrar un administrador concursal para liquidar los bienes existentes y pagar, en su caso, los créditos contra la masa que se hubieran devengado. Así se establecía en el art. 472 TRLC (LA LEY 6274/2020) Esta potestad la tenía el juez. Una vez concluida tal liquidación, el concursado tenía un plazo de 15 días para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. Todo ello cuadraba con el requerimiento del art. 486 TRLC (LA LEY 6274/2020), en su redacción anterior a la reforma, de la necesidad de liquidación para obtener la exoneración. La regulación en este punto era coherente. Cosa distinta es que, como ya he explicado, en varias sentencias se evitara ejecutar la vivienda cuando el pasivo pendiente superaba el valor de la garantía, pero el resto del patrimonio se liquidaba. Es decir, se abría la fase de liquidación, pero no se ejecutaba la hipoteca sobre la vivienda habitual con base en la discutible interpretación a la que ya he hecho mención.

La reforma operada por la Ley 16/2022 (LA LEY 19331/2022) empeora a mi juicio esta regulación. En primer lugar, destaca la norma contenida en el artículo 37 bis que recoge los supuestos que deben darse para considerarse que nos encontramos ante un concurso sin masa (67) :

- a) *El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.*
- b) *El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.*
- c) *Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.*
- d) *Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.*

El apartado d) es de nueva redacción e implica que, en el caso de que, por ejemplo, un deudor sólo tenga un inmueble hipotecado en el que la deuda hipotecaria supere el valor de la garantía, se considera que existe insuficiencia de masa. Parece que este solo dato convierte el supuesto en insuficiencia de masa, cuando realmente puede suceder que el deudor tenga otros bienes. Aunque el art. 37 ter señala que basta que se den algunos de los supuestos del art. 37 bis para que se considere concurso sin masa, lo cierto es que, aunque exista una carga real con deuda superior al valor de la garantía, si el deudor tiene otros bienes embargables, el supuesto no puede considerarse concurso sin masa. Sin embargo, la regulación es muy deficiente y es fácil que el deudor mienta sobre su activo y el juez tenga facultades limitadas, dado el mayor control que se concede a los acreedores en detrimento del juez. Como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 6/2022 (LA LEY 6097/2022), «la ley sustituye los concursos que nacen y fenecen al mismo tiempo por un sistema más abierto al control de los acreedores».

Presentada la solicitud de concurso, el juez lo declarará con insuficiencia de masa si se acredita que el patrimonio es insuficiente (68) para el pago de los gastos del procedimiento ordenando su publicidad en el BOE y Registro Público concursal (art. 37ter) para que en el plazo de 15 días los acreedores del concursado que representen al menos 5% del pasivo puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal y emita el informe sobre los extremos que menciona el precepto (69) . Estas son las razones en las que se pueden basar los acreedores para nombrar al administrador concursal. Parece que no caben otras como, por ejemplo, la necesidad de liquidar el escaso patrimonio del deudor que pretende pedir la exoneración del pasivo. Los acreedores no son notificados, sino que tienen que estar pendientes de la publicidad en BOE y Registro Público Concursal y el plazo de reacción es corto: 15 días. Además, caso de que el administrador concursal sea nombrado, deben asumir el coste. Los incentivos del acreedor son mínimos. Entretanto, el deudor puede mentir descaradamente sobre su activo y es fácil que no se abra fase de calificación porque no se nombre AC ni se *inicie fase de liquidación* (70) .

Este riesgo ya ha sido detectado por la judicatura y por ello, con acierto, las conclusiones del «*Encuentro de la jurisdicción mercantil de Andalucía de 11 de noviembre de 2022* (71) » en relación con el concurso sin masa señalan lo siguiente: «*Con el fin de que el órgano judicial pueda disponer de la información más adecuada en orden a la aplicación del régimen especial de los artículos 37 bis y siguientes, sería conveniente que el solicitante aportase (con la solicitud de la declaración de concurso) la información más adecuada para la valoración del bien y derecho y del importe de los gravámenes y cargas existentes, así como de la deuda garantizada pendiente en el momento de la presentación de la solicitud. Por otro lado, y con la misma finalidad, resulta adecuado que el órgano judicial, con carácter previo a la adopción de la resolución prevista en el artículo 37 ter (LA LEY 6274/2020) 1 TRLC, acuerde la averiguación patrimonial del deudor a través del Punto Neutro Judicial*».

Es, por tanto, recomendable que el deudor aporte una tasación del inmueble.

En suma, y respecto de la vivienda habitual del deudor, que es el tema objeto del presente trabajo, esta regulación del concurso sin masa implica que el deudor puede pedir la exoneración con base en el art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020) y si los acreedores no han reaccionado no hay administrador concursal y el juez puede concederla a pesar de que el deudor tenga activo por liquidar. Si la hipoteca que grava la vivienda habitual garantiza una deuda por valor superior al del bien dado en garantía, y el resto de bienes del deudor no son suficientes para el pago de los gastos del procedimiento, se tratará de un concurso sin masa (art. 37 bis d) TRLC (LA LEY 6274/2020)). Si los acreedores no solicitan nombramiento del administrador concursal no se abrirá la fase de calificación concursal ni parece que la de liquidación, no nombrándose administrador concursal. Como no se abre la fase de liquidación, no se produce vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC (LA LEY 6274/2020)) y si el deudor sigue pagando el préstamo hipotecario la hipoteca no se ejecutará. El acreedor hipotecario escapa de esta forma de la EPI. En cambio, los demás acreedores la padecen y verán exonerados sus créditos.

Este resultado es sencillamente perverso y, a mi juicio, contrario a la DRI (LA LEY 11089/2019) porque constituye una interpretación que priva al deudor de la exoneración del pasivo pendiente tras la ejecución de la garantía. Toda interpretación debe ser a favor de la exoneración. Pero es que además es que esta interpretación constituye un incentivo al préstamo irresponsable. Aunque el exceso de deuda hipotecaria sobre el valor del bien puede obedecer a otras razones, como puede ser la pérdida de valor del bien con carácter sobrevenido, lo cierto es que estos casos se han producido en las hipotecas constituidas antes de la crisis de 2008, siendo la sobrevaloración de las garantías una causa relevante. cuando se permite que se decrete la exoneración sin ejecutar la hipoteca, se «premia» al prestamista irresponsable permitiéndole escapar de la exoneración del sobrante tras la ejecución. Tal interpretación no sólo, como he dicho, es contraria a la DRI (LA LEY 11089/2019), sino también a la de Directiva 2014/17 (LA LEY 2640/2014) UE sobre los contratos con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que establece que las sanciones por incumplimiento de obligación de evaluar la solvencia deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 38) (72) . Permitir que este prestamista escape de la exoneración no es más que un incentivo al préstamo irresponsable y ello no sólo viola la DRI (LA LEY 11089/2019) que prevé sólo dos itinerarios para la obtención de la EPI (73) (liquidación y plan de pagos) (74) , sino la normativa europea citada sobre préstamo responsable. Se impone una interpretación correctora conforme con la normativa europea citada y, particularmente, con la DRI (LA LEY 11089/2019).

Si bien un concurso sin masa puede concluirse sin liquidación, cuando se trata de obtener la EPI y el deudor no puede acogerse al plan de pagos (itinerario que creo que no hay razón para excluir en el escenario del art 37 bis d) TRLC (LA LEY 6274/2020)), procede la apertura de la fase de liquidación cuando nos encontramos en el itinerario de EPI con liquidación. No hay tres itinerarios para obtener la EPI, sino solo dos. Así lo impone la DRI (LA LEY 11089/2019). No puede suceder que se obtenga la EPI sin liquidación cuando hay bienes que liquidar. Eso es un contrasentido. El art. 501 TRLC (LA LEY 6274/2020), parte de la hipótesis de que no hay bienes que liquidar, pero no se tuvo en cuenta el art. 37 bis d) TRLC (LA LEY 6274/2020) podía tener consecuencias en sede de EPI porque excluía el sobrante de pasivo tras la ejecución de la garantía real. Por ello entiendo que deber liquidarse en todo caso en el que se solicite la EPI por el itinerario de liquidación. El problema es el cauce procesal para llevar a cabo la liquidación cuando no se ha nombrado AC. La regulación no puede ser más deficiente en este punto.

Caso de que se admita el acceso a la EPI sin liquidación, cabe plantearse lo que pasaría con la deuda garantizada. Hay varias opciones.

*Primera.*- Si el concursado no dejó de pagar el préstamo hipotecario, al no abrirse la fase de liquidación y no haber ejecución, no hay deuda hipotecaria sobrante. El acreedor garantizado o hipotecario no se ve afectado por la exoneración y «escapa» de ella gracias a la inacción de los acreedores que no provocan la apertura de la fase de liquidación. Entiendo que esta interpretación conduce a efectos inadmisibles y debe ser excluida.

*Segunda.*- Considerar que no se ejecuta la hipoteca, pero es aplicable el art. 492 bis, de forma que se reestructura la deuda hipotecaria cuando excede del valor de la garantía, y teniendo en cuenta que tienen la condición de deuda exonerable la deuda garantizada hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8º TRLC (LA LEY 6274/2020)). Las cuotas hipotecarias se recalculan teniendo en cuenta la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. Así, si la deuda pendiente asciende a 240.000 euros y el bien dado en garantía tiene un valor de 200.000 euros, se recalculan las cuotas teniendo en cuenta 200.000 euros y nº 240.000 que es la deuda originaria. Y ello porque los 40.000 euros superan el valor de la garantía. Esta sería la solución óptima para el deudor porque no pierde el inmueble, obtiene la exoneración y se queda, en su caso, con bienes embargables los cuales tampoco se liquidarían siempre que su valor no superara los gastos del procedimiento.

Creo que la reestructuración de la deuda hipotecaria prevista en el art. 492 bis está pensada para el deudor que se acoge al plan de pagos porque era el único escenario inicialmente previstos de EPI sin liquidación. Con todo, la norma está recogida en el capítulo relativo a los elementos comunes a toda exoneración y eso favorece su aplicación a todos los escenarios, de EPI sin liquidación. Siguiendo una interpretación conforme con la DRI (LA LEY 11089/2019) que pretende la exoneración plena del deudor, es perfectamente defendible la aplicación analógica del art. 492 bis al caso de concurso sin masa ex art. 37 bis d) TRLC (LA LEY 6274/2020). El acreedor real debe padecer la exoneración como todos los demás acreedores en la parte de deuda garantizada que exceda del valor de la garantía y que tiene la condición de exonerable. Hay además que tener en cuenta que el art. 489.1.8º TRLC (LA LEY 6274/2020) ya declara no exonerables las deudas con garantía real «dentro del límite del privilegio especial». Parece que no hace

falta que se ejecute la hipoteca para que emerja ese sobrante de pasivo, sino que se puede calcular antes (art. 273 TRLC (LA LEY 6274/2020)). La redacción difiere mucho de la del art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) en su versión anterior a la reforma (75) que parecía partir de que la exoneración del sobrante solo se podía producir tras la ejecución. Ahora esto no está claro. Este argumento sería favorable a la «reconfiguración de la deuda hipotecaria» incluso si no hay liquidación.

El único inconveniente de esta tesis es que, de admitirse una exoneración sin liquidación y con reestructuración de deuda hipotecaria por aplicación a esta hipótesis del art. 492 bis, el incentivo claro del deudor es a llegar al concurso sin masa. Y la ley precisamente lo que debe incentivar es lo contrario, que el deudor llegue con masa activa y para eso se diseñó el itinerario del plan de pagos que con esta interpretación dejaría de ser atractivo.

No obstante, la segunda opción de interpretación relativa a la aplicación del art. 492 bis subsana este posible riesgo moral del acreedor (76) que, a mi juicio, resultaría intolerable y, como he dicho, es contrario a la normativa europea.

Por tanto, recapitulando, entiendo que en todo caso en el que el deudor acuda a la EPI con liquidación debe procederse a la ejecución del patrimonio embargable del deudor por mucho que sea insuficiente para el pago de gastos del procedimiento. También debe ejecutarse la garantía real. La ley permite concluir un concurso sin liquidación en caso de insuficiencia de masa, pero no permite la concesión de la EPI sin liquidación, fuera del itinerario del plan de pagos.

De entenderse que no es factible procesalmente la liquidación en sede concursal, procederá la reestructuración de la deuda hipotecaria ex art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020), sufriendo el acreedor con garantía real las consecuencias de la EPI. Afortunadamente, esta tesis está siendo seguida por los tribunales. Así, destaca el auto (224/2023) del Juzgado Mercantil (Sección 2ª) de Sevilla de 20 de abril de 2023 aplica analógicamente el art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020) en caso de concurso sin masa exonerando la parte de deuda hipotecaria que excede del límite del privilegio especial, a pesar de no haberse ejecutado la hipoteca porque el deudor estaba al corriente de pago. En el mismo sentido, el auto 148/2023 del Juzgado Mercantil de Córdoba de 6 de marzo de 2023 decreta la exoneración de «la deuda que eventualmente pueda generarse en el proceso ejecutivo que pueda llevarse a cabo por el acreedor que actualmente tiene garantizado su crédito con el inmueble que actualmente pertenece al deudor y del cual mantiene su propiedad». La solución no es exactamente la misma que en el anterior auto citado, ya que no reestructura la deuda hipotecaria aplicando el art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020), sino que evita que concluido el concurso en caso de impago del deudor pueda el acreedor evitar la exoneración por estar el deudor dentro del plazo de la prohibición de solicitud de la EPI prevista en el art. 488 TRLC (LA LEY 6274/2020).

Ambas soluciones me parecen defendibles y tratan un objetivo común: que el acreedor hipotecario (que probablemente ha practicado un préstamo irresponsable) escape de la exoneración del pasivo por la falta de apertura de la fase liquidación en un concurso sin masa. No se pueden interpretar las normas a favor de quien puede haberlas violado. El deudor no debe verse privado de la exoneración de la deuda garantizada que supera el límite del privilegio especial sólo porque la norma veta la apertura de liquidación. Se trata de un crédito exonerable y como tal debe ser tratado. Indirectamente estamos protegiendo la vivienda habitual por esta vía.

LA LEY adquiere todos los derechos de explotación de la obra. También tendrá plena libertad para decidir las formas de reproducción de la misma en cualquier formato o presentación. Lo anterior no será de aplicación en los casos en los que se haya firmado con el autor un contrato específico de edición. La difusión pública por cualquier medio de los trabajos publicados en Actualidad Civil deberá ser autorizada expresamente por LA LEY. Consulte en este enlace la [política sobre propiedad intelectual](#).

---

(1) Fecha de recepción del artículo: 3 de julio de 2023. Fecha de aceptación del artículo: 8 de julio de 2023.

---

(2) El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

---

(3) En un interesante trabajo realizado por MINGZHI HU y XIAOSHUAB LI, «The reasons that younger homeowners are less likely to become entrepreneurs: The role of capital constraints», Journal of Regional Economics December 2022, se analiza la relación entre el nivel de iniciativa empresarial y la condición de propietario de una vivienda. La conclusión es llamativa tras un análisis empírico: «los propietarios de una vivienda se asocian con una propensión significativamente menor al compromiso empresarial. El efecto negativo de la propiedad de la vivienda sobre el espíritu empresarial es mucho mayor para los propietarios más jóvenes». El propietario tiene miedo a perder la vivienda y su interés por emprender es menor.

---

- (4) Sólo existe una regulación específica de escaso alcance en el art. 593 LEC (LA LEY 58/2000) «cuando el bien cuyo embargo sea una vivienda familiar del tercero y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, el secretario judicial dará traslado a las partes y, si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el secretario se abstendrá de acordarlo».
- (5) Un análisis del panorama legislativo internacional se lleva a cabo en el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, *Una propuesta sobre el «patrimonio familiar inembargable»*, Anuario de Derecho Concursal, nº6, 2005, pp. 208 y ss. YAÑEZ VIVERO, F., «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario – Núm. 755, mayo 2016. Más extensamente, trato estas cuestiones en mi trabajo, Mecanismos de protección del patrimonio familiar (2015) Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación Núm. 23 Pág. 329-346.
- (6) Al respecto, pueden consultarse MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto di Famiglia*, Milano, 1975, p. 94; CENNI, *Il fondo patrimoniale*, en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo Zatti, vol. 3º. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002, p. 552; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, *Il regime patrimoniale della famiglia. Separazione dei beni —fondo patrimoniale— L'impresa familiare*, Milano, 1996, p. 27. Cabe destacar como precedente la Ley Tejana de 1839 sobre el *Homestead*. También en América Latina son numerosos los países que gozan de una legislación protectora del patrimonio familiar. Al respecto puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, *Una propuesta sobre el «patrimonio familiar inembargable»*, Anuario de Derecho Concursal, n.º 6, 2005, pp. 208 y ss.
- (7) WHITE, M, *Bankruptcy and small business*, [www.cato.org/pubs/regulation/regv24n2/white.pdf](http://www.cato.org/pubs/regulation/regv24n2/white.pdf)
- (8) RONEL ELUN y NARAYANAN SUBRAMANIAN, *Forum shopping and personal bankruptcy*, Journal of financial Services Research, 2002, pp. 233 y ss.
- (9) Las *exemptions* se regulan, a nivel federal, en el Título 11, Capítulo 5, parágrafo 522 U.S. C (United States Code) [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sup\\_01\\_11\\_10\\_5.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sup_01_11_10_5.html)
- (10) BARROS, B, *Homestead and other legal protections of the home*, disponible sin cargo en <http://ssrn.com/abstract=1569595>. LIDDELL, G. J., LIDDELL, P.J. *So he huffed and he puffed...but will the home (stead) fall down? The applicability of section 522 (P) of the United States Bankruptcy Code to varying interest accumulations of the debtor homestead property*, 57 Drake L. Rev 729 2008-2009, pp. 739 y ss. BOGDANOFF, L. R, *Exemptions under the Bankruptcy Code: using California's New Homestead law as a medium of analysis*, 72 Cal. L. Rev. 922, 1984, pp. 922 y ss. EGGUM, J, PORTER, K, TWOMEY, T, *Saving homes in bankruptcy: housing affordability and loan modification*, University of Iowa Legal Studies research paper, n.º 09-10, March 2008, pp
- (11) La *Homestead exemption* constituyó en palabras de GOODMAN, un mecanismo paliativo para frenar el potencial destructivo del libre mercado mediante la protección de las familias contra la miseria financiera («The Emergence of the Homestead Exemption in the United States, Accomodation and resistance to the market revolution 1840-1880», *Journal of American History*, pág. 479). Sólo un inmueble puede gozar de la exención y tiene que estar dedicado a vivienda habitual. Cuando reside una familia, ello abarca tanto a la matrimonial como no matrimonial. Por otro lado, si el inmueble es enajenado, la exención e inembargabilidad del importe obtenido subsiste seis meses después de la venta transfiriéndose la exención a la nueva vivienda adquirida. Durante 6 meses tales cantidades no pueden ser embargadas.
- (12) Esta correlación ha sido puesta de manifiesto por WHITE, M, *op. cit.*, p. 3.
- (13) SCHEELINGS, R, *The effect of bankruptcy (homestead) exemption levels on access to credit: Evidence from a US Panel*, April 2. 2007. Disponible en SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090011](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090011)
- (14) VATTIER FUENZALIDA, C, «La «matrimonial home» en el régimen matrimonial inglés, La reforma del Derecho de familia», Cuadernos de Derecho Comparado, núm. 1, Departamento de Derecho Civil II, Salamanca, 1977, pp. 73 y ss.
- (15) FOX, L, *Creditors and the concept of «family home»: a functional analysis*, Legal studies, vol. 25, 2005, pp. 204.
- (16) Regla aprobada por la Loi «Dutreil» núm. 2003-721 de 11 de agosto de 2003, modificada en 1998 y que disciplina la figura los arts. L526-1 a L526-5 del CCom.
- (17) NOVELLI, H., «Discours prononcé à l'Assemblée nationale à l'occasion de l'examen du projet de loi sur l'EIRL», 17 fév. 2010, <https://www.vie-publique.fr/discours/178236-declaration-de-m-herve-novelli-secretaire-detat-au-commerce-larti>
- (18) Traducción propia.
- (19) En la *Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de septiembre de 2022 (BOE 27 de octubre n.º 258)*, *resuelve si puede ser emprendedor de responsabilidad limitada el «autónomo societario», que «no desarrolla directamente la actividad profesional, sino mediante sociedades por él administrada»*. Se deniega tal condición porque ejercen su actividad a través de sociedades que ellos administran.
- (20) El artículo 5 de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (LA LEY 20692/2022) ha ampliado la inembargabilidad a bienes de equipo productivo afectos a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios.
- (21) Hay que tener en cuenta la derogación de los arts. 6 y ss. del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) operada por la ley 16/2022 de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022).
- (22) RONCERO SÁNCHEZ, A., y PEINADO GARCÍA, J.I., «Otro ejemplo de Derecho inútil: el emprendedor de responsabilidad limitada, Diario La Ley, N.º 8720,

- (23) Registradores de España, «Estadísticas mercantiles» [https://www.registradores.org/actualidad/porta-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles#portlet\\_com\\_liferay\\_journal\\_content\\_web\\_portlet\\_JournalContentPortlet\\_INSTANCE\\_210Inub8fs2s](https://www.registradores.org/actualidad/porta-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_210Inub8fs2s)
- (24) Trato esta cuestión en mi trabajo, «Información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret* Revista para el Análisis del Derecho, julio 2017 <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf>
- (25) Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La efectividad de la limitación de responsabilidad del emprendedor de responsabilidad limitada dentro del concurso», *La Ley Mercantil*, 2, mayo 2014
- (26) De hecho, esta fue la opción inicialmente escogida en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 y sobre esta solución se construyó la regulación del concurso de persona casada, lo que ocasionó no pocas disfunciones que fueron corregidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (LA LEY 19112/2011) de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LA LEY 1181/2003).
- (27) Por su parte, no hay que olvidar que el art. 1393 CC (LA LEY 1/1889) concede al cónyuge la facultad de disolver el régimen conyugal «en caso de concurso», sin añadir ningún requisito adicional.
- (28) Más extensamente, CUENA, M. / FERNÁNDEZ SEIJO, JM, «La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física», III Aranzadi, Cizur Menor 2023, pp. 174 y ss.
- (29) Es la interpretación que defendí con ocasión del art. 77 LC en mi trabajo «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008. También lo defendieron PARRA LUCÁN, M. Á., «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2009 p. 280. CURIEL LORENTE, E., «El artículo 77. 2 de la LC en relación con el consorcio conyugal», *Actas de los decimonovenos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2010, p. 59.
- (30) Sigue esta doctrina el Auto núm. 97/2020, de 9 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2020 (LA LEY 308868/2020) y de 21 de febrero de 2020. Por el contrario, la AP de Madrid 60/2012, Secc. 28.ª, de 20 de abril de 2012 considera que se pueden pagar las deudas comunes con cargo a los bienes comunes en el marco del concurso «de manera que lo que se liquide en la pieza separada sea el exceso de estos últimos que eventualmente existiese».
- (31) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1999, p. 172. MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 433.
- (32) Para esta delimitación conceptual, puede verse RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 30, 2013, pp. 199-233.
- (33) ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario al art. 78 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004, p. 944. Por el contrario, lo configuran como un derecho de separación, BLANQUER UBEROS, *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, en *La nueva Ley Concursal (LA LEY 6274/2020)*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2005, p. 292; BELTRÁN SÁNCHEZ, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002, p. 166. HERRERA CUEVAS, *Manual de la Reforma Concursal*, Bilbao, 2004, p. 390.
- (34) Niega expresamente esta posibilidad NANCLARES VALLE, «Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio» (art. 78), en Cordón Moreno, *Com.LC*, p. 620.
- (35) Niega expresamente esta posibilidad NANCLARES VALLE, «Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio» (art. 78), en Cordón Moreno, *Com.LC*, p. 620.
- (36) Así lo denuncié en mi trabajo, «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas (2022) El notario del siglo XXI. revista del Colegio Notarial de Madrid Núm. 101 Pág. 48-51.
- (37) Lo explico en mi trabajo «Régimen jurídico de la vivienda familiar» Tratado de derecho de la familia / Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), Matilde Cuenca Casas (dir.), Vol. 3, 2011 (Los regímenes económicos matrimoniales (I)), págs. 275-442
- (38) La posibilidad de inscribir este derecho de uso en el Registro de la Propiedad está expresamente prevista en el art. 233-22 del Código Civil de Cataluña. La nueva redacción dada al art. 96.3 CC (LA LEY 1/1889) se refiere incorrectamente, a mi juicio, a la inscripción de la restricción a la facultad dispositiva derivada de la existencia del derecho de uso. Es el uso al que se refiere el art. 96.1 el que se inscribe y no la restricción de la facultad dispositiva de forma aislada.
- (39) ACHÓN BRUÑEN, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente *more uxorio*», *Revista Jurídica La Ley*, año XXVII, número 6573, jueves 19 octubre 2006, pg. 14.
- (40) Estas cuestiones han sido tratadas en el Capítulo 20 del presente Tratado al que me remito, así como a la doctrina y jurisprudencia allí citada.
- (41) MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar. (El art. 1320 CC (LA LEY 1/1889))*, Cizur Menor, 2005, pg. 251.

- (42) RAGEL SÁNCHEZ, LF, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Madrid, 2001, pg. 205. La cursiva es del autor.
- (43) Se confunden ambas cuestiones en FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022)», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 58 (2023), p. 18 (versión electrónica).
- (44) En este sentido, SENDRA ALBIÑANA, A., *op. cit.*, p. 231.
- (45) En este sentido, ESCOLÁ, E., «El derecho a la segunda oportunidad de los consumidores tras la reforma concursal. Algunos avances y muchos retrocesos. VLex. Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios n.º 13, febrero 2021, p. 78 En contra, FACHAL, N.: «Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado», *Blog Almacén de Derecho*, 25 de mayo de 2022. <https://almacenederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado> A su juicio, la no realización de la vivienda habitual es inoponible a los acreedores de crédito no exonerable.
- (46) Por eso no comparto la opinión de SENDRA ALBIÑANA, A., *El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019) al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas*. III La Ley, Madrid, 2023, p. 228, cuando considera que la inembargabilidad no es oponible a los acreedores por crédito no exonerable por menoscabarse su derecho de defensa y por la sorpresiva limitación de los bienes susceptibles de agresión para el cobro de su concreto crédito.
- (47) Discrepo de MARTÍN MARTÍN A., «Paralización de ejecuciones extraconcursales tras la Ley 16/2022 (LA LEY 19331/2022)» (20/11/2022) quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/>
- (48) Para una explicación de los abusos que dieron lugar a la burbuja inmobiliaria y su posterior estallido, cfr. GARCÍA MONTALVO, J. (2009) «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de economía española*, núm. 122, 66-87. <https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/>
- (49) Cfr. Art. 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (LA LEY 23840/2021), de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Respecto de la cobertura de las cédulas hipotecarias, principal tipo de bono garantizado, se imponen límites a los préstamos hipotecarios incorporados, cuyo valor a efectos de cobertura no podrá exceder del 60% del valor del inmueble que lo garantiza, o del 80% si se trata de un inmueble residencial.
- (50) AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 7 / 2022, p. 295 se refiere a una «reconfiguración legal de la deuda garantizada distinguiéndose una parte cubierta por la garantía (que se considera no exonerable) y la parte que excede del valor de la garantía, que queda afectada por la exoneración. A esta parte de la deuda garantizada que se considera exonerable». Esta interpretación creo que se deriva claramente de la norma. Y no significa como se ha dicho, que el autor someta la deuda con garantía real al plan de pagos. Lo que se incluye en el plan es la parte de deuda no cubierta por el valor de la garantía y que es exonerable. Confunde ambas esferas, MOYA FERNÁNDEZ A., «Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de las garantías» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, mayo-agosto de 2022, pp. 275-296 <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8166/documento/art14.pdf?id=13105&forceDownload=true> (Consultado el 3 de junio de 2023). Cosa distinta es que el deudor deje de pagar la deuda hipotecaria, en cuyo caso la ejecución hipotecaria se llevará a cabo no viéndose el acreedor hipotecario afectado por la regla de no ejecución de la vivienda que en su caso haya podido decretar el juez con base en art. 497. Esto es lo que afirma FACHAL NOGUER «Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado», en *Almacén De Derecho*, 25 de mayo de 2022.
- (51) Así, en los EEUU el acceso al itinerario de liquidación para obtener la exoneración (*discharge*), el denominado Capítulo 7 (Título XI, *UsCode*) requiere que el deudor supere el denominado «test de medios» (*mean test*), de forma que quede acreditado que el deudor no tiene medios para acudir a la exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos, que es el regulado en el Capítulo 13. Este *test* de medios se introdujo por la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* en 2005 con el objeto de evitar el abuso del sistema por parte del consumidor. Si el deudor no supera el «*means test*», entonces deberá solicitar el concurso por el Capítulo 13, en lugar de escoger el del Capítulo 7. Este *test* de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del Capítulo 7. Si se supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del Capítulo 13 (Tit. 11 & 707 U.S. Code). *Vid.* Sobre esta reforma y su crítica, cfr. GROSS, K., HEIDT, K., y LUPICA, L. (2006), «Legislative Messaging and Bankruptcy Law», *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 y ss.
- (52) Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI n.º 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 [http://www.manjarin.com/PDF/Comunicaciones/Seminario\\_Jueces\\_Mercantil\\_Exoneracion\\_Pasivo\\_Insatisfecho\\_210616.pdf](http://www.manjarin.com/PDF/Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatisfecho_210616.pdf) (Consultado el 21 de julio de 2022).
- (53) En el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña de 16 de febrero de 2022 se deniega la exclusión de la vivienda habitual del deudor porque «en este caso, el titular del crédito con privilegio especial ha manifestado expresamente su disconformidad con la exclusión de la vivienda. Al concurrir la negativa del titular del privilegio especial se impone la enajenación del bien afecto en la fase de liquidación, con el objeto de proceder al pago del crédito reconocido con aquella clasificación».
- (54) Art. 468.2 TRLC (LA LEY 6274/2020): «En el informe final de liquidación, el administrador concursal expondrá las operaciones de liquidación que hubiera realizado y las cantidades obtenidas en cada una de esas operaciones, así como los pagos realizados y, en su caso, las consignaciones efectuadas para la

(55) MUÑOZ PAREDES, A., «El arte de (no) pagar las deudas», Diario La Ley, N.º 9584, 2020

(56) Si se admite en otros ordenamientos como es el caso del italiano. El art. 67.5 del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza dispone que «*También es posible establecer el pago, en la fecha de vencimiento acordada, de las cuotas vencidas del contrato de préstamo garantizado con una hipoteca inscrita sobre la vivienda principal del deudor si éste, en la fecha de presentación de la solicitud, ha cumplido sus obligaciones o si el tribunal le autoriza a pagar la deuda por principal e intereses vencidos en esa fecha*» (traducción propia). Sobre este precepto, cfr. el análisis de YAÑEZ VIVERO, F., «La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar el Derecho paraconcursal», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021), <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/642> (Consultado el 11 de junio de 2023).

(57) CUENA CASAS, M, «La banca ya sabe cómo escapar del régimen de segunda oportunidad» <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/> (Consultado el 11 de junio 2022).

(58) La misma doctrina la han sostenido otras resoluciones judiciales: sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña de 24 de mayo y 13 de septiembre de 2021 (Roj: SJM 4026/2021), Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz de 7 de mayo de 2021 (JUR/2021/151036) y sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Albacete de 28 de octubre de 2021 (Roj: SJMAB 13079/2021).

(59) MUÑOZ PAREDES, A., «El arte de (no) pagar las deudas», Diario La Ley, N.º 9584, 2020.

(60) Resultan llamativos los hechos que enjuicia la sentencia de la AP de A Coruña de 4 de mayo de 2022. No se ejecuta la vivienda habitual hipotecada del deudor limitándose a establecer el administrador concursal en el plan de liquidación que los deudores «*pretenden seguir residiendo en su vivienda habitual y seguir pagando las cuotas de la hipoteca (por lo que) no se plantean proceder a su venta por los motivos anteriormente expuestos*». Era un caso en el que además el valor del inmueble supera con creces la deuda garantizada. No había base legal para semejante decisión que sin embargo adopta sin tapujos el administrador concursal. Con razón uno de los acreedores (la Tesorería General de la Seguridad Social) planteó incidente de oposición que fue estimado por el Juzgado Mercantil y posteriormente recurrido ante la Audiencia. Afortunadamente, la Audiencia, con acierto, señala que «lo que los deudores se planteen o prefieran es irrelevante en términos de una ejecución colectiva». Desestima el recurso interpuesto por el administrador concursal y ordena la ejecución de la vivienda.

(61) Esta posibilidad está contemplada en el art. 23.3 b) de la DRI (LA LEY 11089/2019) y ya fue sugerida para los consumidores insolventes por el Comité Económico y Social Europeo en el Dictamen sobre la «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (2014/C 311/06). Así se señala que un procedimiento adecuado debe procurar la vivienda principal del deudor. (ap. 1.9).

(62) Así se establece en la regulación de la exoneración a través del Capítulo 13 del § 1321 y ss. Título 11, USCode.

(63) Así lo señalan WHITE, M., y ZHU, N., «*Saving your home in Chapter 13*» (2010) 39 J Legal Stud 33. p. 37: «el Capítulo 13 funciona como un procedimiento de insolvencia para «salvar la casa», como demuestra el hecho de que el 96% de los declarantes del Capítulo 13 son propietarios de viviendas y el 77% de los deudores se acogen al Capítulo 13 voluntariamente en lugar de verse obligados a hacerlo» (traducción propia). En los EEUU el acceso al procedimiento de exoneración con plan de pagos no es libre, sino que tiene que superar el deudor un «test de medios» que garantice su viabilidad.

(64) Así lo entiende FACHAL, N. «Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado», en *Almacén De Derecho*, 25 de mayo de 2022 para la regulación aprobada tras la reforma: «no parece que quepa excluir la vivienda habitual del deudor de las operaciones liquidatorias, en caso de acudir a la exoneración con liquidación de la masa activa. Esta modalidad de acceso a la exoneración conlleva la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa». Por el contrario, GARCÍA-VILLARRUBIA, M., «La vivienda habitual y la exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista de Derecho Mercantil* n.º 109, 2022 entiende que cuando el valor del inmueble es inferior al importe pendiente de pago de la deuda con garantía real podría excluirse la vivienda de la ejecución porque «no se advierten razones para decir que no. Los mismos argumentos pueden conducir a entender, también con el nuevo texto, que si se dan las condiciones antes explicadas no tiene sentido proceder a la enajenación del inmueble». <https://www.uria.com/es/publicaciones/8004-la-vivienda-habitual-y-la-exoneracion-del-pasivo-insatisfecho> En el mismo sentido, ESCOLÁ, E., «El derecho a la segunda oportunidad de los consumidores tras la reforma concursal. Algunos avances y muchos retrocesos. VLex. Revista Jurídica sobre consumidores y usuarios n.º 13, febrero 2021, p. 78.

(65) RODRÍGUEZ VEGA, L., «Enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada», Gómez Asensio, C., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019)*, Thomson Aranzadi, 2021, p. 233.

(66) En contra de este criterio, resulta sorprendente la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 30 de noviembre de 2020. Se trataba de una finca hipotecada propiedad de dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria y siendo ambos codeudores solidarios. Sobre dicha finca pesaban varias anotaciones de embargo posteriores a la constitución de la hipoteca. Ambos deudores se declararon en concurso de acreedores y en el seno de dicho procedimiento se solicitó por parte del administrador concursal la celebración de la subasta pública electrónica de la mitad indivisa de la finca hipotecada de la que eran titulares ambos deudores. No se ejecuta la hipoteca, sino el plan de liquidación. La cuota es adjudicada en la subasta al acreedor (Bankia) y en el decreto de adjudicación se ordena la cancelación de cargas referidas a esa mitad indivisa. Es decir, se ordena la cancelación de la hipoteca sobre dicha mitad indivisa a pesar de que subsistía la deuda hipotecaria pendiente. La registradora suspende la inscripción del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación el crédito entre ambos deudores por entender que no puede cancelarse la hipoteca dado que el crédito no aparece distribuido entre ambos deudores. Sorprendentemente la DGSFP estima el recurso interpuesto frente a la decisión de la registradora y considera por aplicación del art. 149.5 LC (hoy art. 225 TRLC (LA LEY 6274/2020)): «la adquisición por el postor, en este caso el acreedor hipotecario, de la mitad indivisa del concursado implicará que la garantía hipotecaria pase a recaer únicamente sobre la otra mitad indivisa de la finca, si bien como consecuencia de la subasta, quedará minorada en la cantidad correspondiente al remate, sin

perjuicio de las relaciones internas entre codeudores». Esta tesis violenta la indivisibilidad de la hipoteca (art. 119 LH) y solo puede justificarse la solución en una eventual confusión de derechos por parte del acreedor hipotecario. La cancelación de tales cargas se justifica en que los adquirentes de bienes en pública subasta deben quedar inmunes frente a acreedores que solo pueden ver satisfechos sus créditos con el producto obtenido por la enajenación forzosa. Tal norma no puede alegarse frente a un acreedor hipotecario cuando no se ha ejecutado la hipoteca. El adquirente en pública subasta adquiere el bien con la carga hipotecaria.

**(67)** Esta cuestión se regulaba en el párrafo segundo del art. 473.1 TRLC (LA LEY 6274/2020) hoy derogado: «*La insuficiencia de masa activa existirá, aunque el concursado mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal*».

**(68)** No hay que olvidar que los arts. 134 (LA LEY 6274/2020) y 135 TRLC (LA LEY 6274/2020) permiten que el juez pueda requerir información patrimonial al deudor.

**(69)** Art. 37 ter (...): 1.º *Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley.* 2.º *Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.* 3.º *Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.*

**(70)** Así lo ha destacado BLANCO SARALEGUI, JM., «La nueva regulación de los concursos sin masa», La Ley Insolvencia n.º 5, julio-septiembre 2021, Ed. La Ley. Smarteca.

**(71)** Economist & Jurist 21/11/2022.

**(72)** Cfr. también el art. 8 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (LA LEY 6793/2008), relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE (LA LEY 2798/1986) del Consejo.

**(73)** Así se establece en el art. 2.1.10 DRI (LA LEY 11089/2019) que define la «plena exoneración de deudas»: la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, *en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos.* Cfr. Considerando 75 DRI (LA LEY 11089/2019): «*Los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas. Al aplicar tales normas, los Estados miembros deben poder elegir libremente entre esas opciones (...)*».

**(74)** Como señala AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 3 / 2021, p. 262, la DRI (LA LEY 11089/2019) no contempla la posibilidad de una EPI sin plan de pagos y sin liquidación. Buena prueba de ello es la regla contenida en el art. 21.3 DRI (LA LEY 11089/2019) que permite que se decrete la exoneración, aunque continúe el proceso de ejecución y liquidación de activos.

**(75)** El art. 497 TRLC (LA LEY 6274/2020) en su versión anterior a la reforma disponía: 1. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos (...): 2.º *Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general.*

**(76)** Por el contrario, para AZOFRA VEGAS «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la trasposición de la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* N.º 7, p. 293, la EPI no debe afectar a la deuda garantizada. Niega que en ausencia de liquidación sea aplicable el art. 492 bis TRLC (LA LEY 6274/2020). El acreedor hipotecario evitaría claramente la exoneración.