

C. La ejecución de la vivienda habitual en el concurso de acreedores. Ejecución y exoneración del pasivo o régimen de segunda oportunidad *

Matilde Cuenca Casas
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense
Fundación Hay Derecho
m.cuenca@telefonica.net

Resumen: *Se analizan en el presente capítulo las especialidades de régimen que presenta la vivienda habitual del deudor insolvente y se ha declarado el concurso de acreedores. Además de las reglas propias presentes en la regulación concursal, se analizan otras materias que indirectamente pueden afectar a la vivienda habitual, particularmente cuando solicita el deudor la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI). Así, se estudian distintos escenarios en los que el deudor puede evitar la ejecución de la vivienda*

* 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).



habitual, bien cuando solicita la exoneración acogiéndose a un plan de pagos de deuda exonerable o bien cuando la vivienda está hipotecada y el deudor se acoge al itinerario de liquidación y cuando nos encontramos en un caso de concurso sin masa.

Palabras clave: *Concurso de acreedores, insolvencia, vivienda habitual, gananciales, separación de bienes, cónyuge, exoneración del pasivo insatisfecho.*

Abstract: *This chapter analyzes the special features of the regime affecting the main residence of the insolvent debtor and the insolvency proceedings have been declared. In addition to the rules contained in the insolvency regulations, other matters that may indirectly affect the main residence are examined, particularly when the debtor requests the discharge of debts. Thus, different situations are studied in which the debtor can avoid the foreclosure of the principal residence, either when the debtor requests the exoneration under a payment plan of dischargeable debt or when the home is mortgaged, and the debtor applies for the liquidation itinerary and when we find ourselves in a case of insolvency without assets.*

Keywords: *Bankruptcy, insolvency, main residence, community property, separation of property, spouse, exoneration of unsatisfied liabilities.*

Sumario: 1. La integración de la vivienda habitual del deudor en la masa activa. 2. La vivienda habitual en el proceso concursal 2.1 Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad. 2.2 Deudor casado en régimen de separación de bienes. 2.3 Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges. 3. ¿Es posible evitar la ejecución de la vivienda habitual en el proceso concursal? 3.1 Vivienda no hipotecada. 3.2 Vivienda habitual hipotecada y exoneración del pasivo a través del cumplimiento de plan de pagos. 4. Liquidación concursal y vivienda habitual hipotecada. 5. Vivienda familiar común gravada con hipoteca y concurso de acreedores de uno de los cónyuges o pareja de hecho ¿Puede el cónyuge no concursado evitar la ejecución de la vivienda? 6. La vía del concurso sin masa para evitar la ejecución de hipoteca sobre la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien. 7. Bibliografía.



1. LA INTEGRACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL DEL DEUDOR EN LA MASA ACTIVA

Si hay algo que le preocupa a una persona con problemas de solvencia es saber qué va a pasar con su principal activo que suele ser su vivienda habitual. De hecho, el riesgo a perderla es un incentivo negativo a la iniciativa empresarial⁽¹⁾. Por ello resulta oportuno analizar las especialidades de régimen que encuentra la vivienda habitual en el proceso concursal regulado en el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)⁽²⁾.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos⁽³⁾, en España la vivienda habitual es un bien embargable⁽⁴⁾, salvo que nos encontremos en el residual supuesto del empresario de responsabilidad limitada⁽⁵⁾. De ahí que con base en el principio de universalidad recogido en el artículo 192 TRLC, la vivienda del deudor forma parte de la masa activa del concurso. No existen deseables mecanismos que garanticen la habitación del deudor en caso de que sobrevenga situación de insolvencia. Solo un derecho de alimentos (arts. 123 y 124 TRLC) del concursado siempre que haya suficiencia de masa activa puede paliar los problemas que plantea la necesidad de habitación del deudor y de su familia.

A continuación, me referiré a las especialidades de régimen que contiene la regulación concursal en materia de vivienda habitual del deudor.

(1) En un interesante trabajo realizado por MINGZHI HU, y XIAOSHUAB Li, 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.

(2) Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, recientemente reformado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal que ha transpuesto al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(3) Cfr. Apartado X de esta obra en el que se aborda el problema de la embargabilidad de la vivienda habitual.

(4) Solo existe una regulación específica de escaso alcance en el artículo 593 LEC «*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) Su regulación se encuentra en los artículos 7-11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.



2. LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL

2.1 Deudor casado en régimen de gananciales u otro de comunidad

El principio de universalidad previsto en el artículo 192 TRLC 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). 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). 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. Se incluyen en la masa activa los bienes privados (art. 193.1 TRLC) y los problemas se plantean con los bienes gananciales dado que no hay cuotas y no todos pertenecen al deudor. Pues bien, a pesar de ello el legislador optó por incluir todos los bienes gananciales en la masa activa a sabiendas de que no pertenecían en exclusiva al deudor. Así, el artículo 193 TRLC 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»*. Este condicionamiento es, a mi juicio, ocioso pues siempre los bienes gananciales responden de las deudas del concursado, bien directamente si es pasivo ganancial o de forma subsidiaria si es pasivo privado (art. 1373 CC)⁽⁶⁾.

(6) Más extensamente analizo esta problemática mi monografía *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

El artículo 125 TRLC prevé como medio de defensa del cónyuge del concursado la concesión de la facultad de disolver el régimen conyugal⁽⁷⁾ siempre que se incluyan bienes comunes en la masa activa. Como he señalado, esto sucederá siempre, por lo que siempre el cónyuge del concursado gozará de esta facultad de disolver el régimen⁽⁸⁾.

El artículo 125.2 TRLC 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⁽⁹⁾, 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⁽¹⁰⁾, 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 artículo 193 ordena su inclusión y el artículo 251.2 TRLC 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.

Se establecen una serie de reglas especiales cuando se trata de la vivienda. La primera se recoge en el artículo 125.3 TRLC cuando dispone

(7) Por su parte, no hay que olvidar que el artículo 1393 CC concede al cónyuge la facultad de disolver el régimen conyugal «en caso de concurso», sin añadir ningún requisito adicional.

(8) Más extensamente, CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELLO, JM, 2023, pp. 174 ss.

(9) Es la interpretación que defendí con ocasión del artículo 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., 2009, p. 280. CURIEL LORENTE, E., 2010, p. 59.

(10) 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 y de 21 de febrero de 2020. Por el contrario, la AP de Madrid 60/2012, Secc. 28.º, 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».



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 artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Por el contrario, el TRLC 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 artículo 125.3 TRLC 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 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 artículo 125.3 TRLC 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, 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⁽¹¹⁾.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el artículo 194 TRLC 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 artículo 194.3, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del TRLC 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 está 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 artículo 194 TRLC 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 artículo 125.3 TRLC 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.

(11) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1999, p. 172. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 433.



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⁽¹²⁾. Se puede entender que la norma contenida en el artículo 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 y 1407 CC), 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 artículo 194.3 TRLC citado.

2.2 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 o por cuotas, se integrará en la masa activa del concurso la cuota correspondiente al concursado.

El artículo 194 TRLC concede al cónyuge del concursado el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Este derecho es nuevo, puesto que la LC⁽¹³⁾ solo 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.

No es un derecho de separación 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 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.

(12) Para esta delimitación conceptual, puede verse RODRÍGUEZ LLAMAS, S., 2013, pp. 199-233.

(13) Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal hoy sustituida por el TRLC.



Respecto al 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). Sin embargo, hay que tener presente que, a diferencia de lo que sucede con el derecho de separación (art.239 TRLC), 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 específica contenida en el artículo 194.3 TRLC ya comentado. Como se puede comprobar, tanto cuando se trata de vivienda ganancial como cuando lo es comunidad de bienes romana, el legislador le brinda un trato discriminatorio a la vivienda habitual.

2.3 **Vivienda familiar, crisis matrimonial y concurso de uno de los cónyuges**

En el Derecho español la vivienda habitual se encuentra protegida de manera distinta en situación de crisis y de normalidad matrimonial y ello por más que el legislador civil en la reciente reforma del artículo 96 CC⁽¹⁴⁾ haya intentado sin mucho éxito acercar ambos regímenes creando un laberinto normativo lamentable⁽¹⁵⁾.

(14) Precepto reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

(15) Aquí denuncié algunas de sus incongruencias «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) El notario del siglo XXI. revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 101, p. 48-51. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas> (Consultado el 3 de julio de 2024).



En caso de normalidad matrimonial, la protección de la vivienda habitual se centra en determinadas restricciones a la libre disposición de esta por parte del cónyuge titular, en los términos establecidos en el artículo 1320 del Código Civil, restricción que no es inscribible en el Registro de la propiedad. Pero como ya he adelantado, la vivienda habitual carece de un estatuto particular que la excluya o proteja de las acciones de los acreedores, por lo que si la vivienda habitual es embargada por un acreedor del cónyuge titular, el otro cónyuge no podrá evitar tal embargo, salvo que pague la deuda. Y ello, aunque la vivienda sea ganancial y el crédito que se pretende ejecutar tenga también carácter ganancial. Será de aplicación el artículo 541 LEC que prevé las oportunas notificaciones al cónyuge no deudor. Tampoco en sede concursal se puede alegar el artículo 1320 CC para evitar la ejecución de la vivienda.

Sin embargo, en los casos de separación, nulidad o divorcio, hay que tener presente la norma contenida en el artículo 96 CC que prevé que se pueda adjudicar el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. La regla se puede excepcionar si hubiera hijos menores en una situación de discapacidad, supuesto en el que el juez puede establecer un plazo específico atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Asimismo, en el apartado tercero de dicho precepto 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»*. Antes de la reforma solo era inscribible el uso y ahora también lo es la restricción a la facultad de disposición por más que ésta goce de la publicidad de la ley. Aunque en este trabajo no puedo dedicar a este asunto la atención que merece, esta duplicidad de publicidad registral, a mi juicio, carece de justificación. La norma es endiablada y fuente de numerosos problemas interpretativos que no puedo tratar aquí. Baste señalar ahora que carece de sentido la extensión al artículo 96 de la excepción prevista en el artículo 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⁽¹⁶⁾. Cuando

(16) Así lo denuncié en mi trabajo, CUENA CASAS (2022), pp. 48-51.



el derecho de uso no está inscrito, la protección de los terceros viene dada por las reglas generales del sistema⁽¹⁷⁾ y, particularmente, por las reglas de la fe pública registral (art.34 LH).

El derecho de uso que concede el artículo 96 CC al cónyuge no titular, es un derecho oponible a terceros y que resulta inscribible en el Registro de la Propiedad⁽¹⁸⁾. Ello no lo convierte en derecho real, sino que la oponibilidad erga omnes se la da el Registro de la propiedad sin que ello altere su naturaleza, al igual que sucede con los arrendamientos urbanos⁽¹⁹⁾. 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 solo las hipotecas o las anotaciones de embargo son fácilmente valorables a estos efectos⁽²⁰⁾. Habría que valorarse dicho uso conforme a las normas tributarias del impuesto de transmisiones patrimoniales⁽²¹⁾ en relación con usufructos temporales.

En suma, 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), de manera que, si el concurso finaliza en liquidación y se procede a la ejecución de la vivienda, el adquirente de esta deberá respetar el derecho de uso hasta la mayoría de edad del último de los hijos

(17) Lo explico en mi trabajo CUENA CASAS, M., 2011, pp. 275-442.

(18) La posibilidad de inscribir este derecho de uso en el Registro de la Propiedad está expresamente prevista en el artículo 233-22 del Código Civil de Cataluña. La nueva redacción dada al artículo 96.3 CC 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 artículo 96.1 el que se inscribe y no la restricción de la facultad dispositiva de forma aislada.

(19) Así lo ha recalado la sentencia del Tribunal Supremo 526/2023, de 18 de abril (Rec. 1729/2019) cuando considera que el cónyuge no titular de la vivienda al que se le atribuye el uso no es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria y no cabe equiparar su posición con la del usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo a que se refiere el artículo 662.2 LEC. Y ello, aunque el derecho de uso se inscriba en el Registro de la propiedad. «Al respecto, también los arrendamientos tienen acceso al registro (art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)». El derecho de uso implica un derecho de ocupación, pero cuya eficacia *erga omnes* se la da el Registro y no cabe equipararlo con un derecho real que tiene tal eficacia incluso al margen de la institución registral.

(20) ACHÓN BRUÑEN, 2006, p. 14.

(21) Artículo 10 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

menores del concursado. 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 esta. El principio de prioridad registral provoca esta solución pues el acreedor ejecuta el inmueble con las cargas y gravámenes existentes en el momento de la constitución de la garantía y no con las presentes en el momento de la ejecución (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 584/2010, de 8 de octubre). Por lo tanto, 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⁽²²⁾.

El carácter familiar del derecho de uso atribuido en situación de crisis matrimonial implica la indisponibilidad de este y su inembargabilidad⁽²³⁾. 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 esta. Si estuviera divorciado, como hemos visto, sí tendría alguna defensa, pero si su situación es de normalidad matrimonial, la desprotección es absoluta.

3. ¿ES POSIBLE EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN EL PROCESO CONCURSAL?

3.1 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 artículos 486-501 TRLC. 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

(22) 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.

(23) MURCIA QUINTANA, 2005, p. 251.



siempre que se reúnan los requisitos legales: exoneración de forma inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor (art. 501 TRLC) o tras el cumplimiento de un plan de pagos de deuda exonerable de tres o cinco años de duración (art. 497 TRLC). La EPI es revocable cualquiera que sea el itinerario escogido durante el plazo de tres años (art. 493 TRLC). 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 artículo 23.3 de la Directiva de reestructuración e insolvencia⁽²⁴⁾ (en adelante, DRI) transpuesta al Derecho español por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Permite la norma europea que los Estados miembros establezcan unos plazos de exoneración más largos cuando *no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia*. Puede por tanto el deudor pedir la exoneración del pasivo evitando que se ejecute la vivienda, siempre que esta no se encuentre hipotecada.

El fundamento de esta regla excepcional prevista en la DRI tenía en cuenta los que en algunos Estados miembros la vivienda habitual es inembargable o puede crearse un patrimonio separado para protegerlo de las deudas derivadas de la actividad empresarial⁽²⁵⁾. 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. Dado que las deudas con garantía real

(24) Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

(25) Así sucede en el Derecho italiano con el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 ss. Código Civil italiano). Más clara es la inembargabilidad en el Derecho francés recogida en los artículos 526 ss del Código de Comercio, reformado por la Ley 15 de septiembre de 2021. El nuevo precepto 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*. La regla general es, pues, la inembargabilidad es legal, sin necesidad de declaración expresa del empresario. Más extensamente en mi trabajo «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación Núm. 23, 2015, p. 329-346. La inembargabilidad de la vivienda es una regla presente en mayoría de los estados en los EEUU («*property exemptions*»). La inembargabilidad es tratada en el apartado XII (Vivienda habitual y ejecución forzosa) de la presente obra al que me remito.



son no exonerables hasta el límite del privilegio especial (art. 489.1.8.º TRLC), 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 exclusión de ejecución de la vivienda a que se refiere el artículo 497 TRLC 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). Solo 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 artículo 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 artículo 490.2 TRLC 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⁽²⁶⁾. 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

(26) En este sentido, ESCOLA, E., 2021, p. 78. En contra, FACHAL, N., 2022. <https://almacendederecho.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.



propio artículo 498 TRLC brinda a todos los acreedores personados (no solo a los titulares de crédito exonerable) un derecho a hacer alegaciones sobre la propuesta de plan de pagos efectuada por el deudor.

No obstante, la decisión acerca de la falta de ejecución de la vivienda puede ser bloqueada por los acreedores. El artículo 498bis.1.2.º 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 una acción de impugnación de la resolución de la concesión provisional de la exoneración y no una oposición. 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 artículo 498 bis que el «el juez no la concederá». Este consentimiento encubierto es contrario a los objetivos de la DRI. 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 solo se pueden oponer por concurrir las excepciones del artículo 487 TRLC o falta de requisitos legales del plan de pagos. Pero uno de estos requisitos no puede ser un consentimiento de los acreedores.

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 hacer alegaciones⁽²⁷⁾, tal y como establece el artículo 498 TRLC.

3.2 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 hipotecaria 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. Solo cabe esta paralización cuando se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 146 TRLC). Por lo tanto, el acreedor real en caso de impago puede iniciar la ejecución antes de la declaración de concurso (art. 145 TRLC), 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).

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 artículo 499.2 TRLC, 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 periodo de duración del plan de pagos⁽²⁸⁾.

La deuda garantizada es deuda no exonerable (art. 489.1.8.º TRLC), pero hay que tener en cuenta la importante norma contenida en el artículo 492 bis TRLC. En virtud de lo dispuesto en dicha norma, *si la*

(27) Por eso no comparto la opinión de SENDRA ALBIÑANA, A., 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.

(28) Discrepo de MARTÍN MARTÍN A. (2022), quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursales-tras-la-ley-16-2022/>.



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), 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 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 artículo 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, 670 y 671 LEC) y favorecían un efecto perverso: que quedara deuda pendiente tras la ejecución de la garantía⁽²⁹⁾. 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⁽³⁰⁾.

(29) Para una explicación de los abusos que dieron lugar a la burbuja inmobiliaria y su posterior estallido, *Cfr*: GARCÍA MONTALVO, J. (2009), p. 66-87. <https://www.funcas.es/articulos/financiacion-inmobiliaria-burbuja-crediticia-y-crisis-financiera-lecciones-a-partir-de-la-recesion-de-2008-2009/>.

(30) *Cfr*: artículo 23 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, 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.

En la regulación anterior a la reforma (art. 497 TRLC) la EPI solo 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). 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 y el deudor continúa pagando el préstamo hipotecario. A esta cuestión se refiere el artículo 492 bis.2 TRLC. 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⁽³¹⁾. 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.

4. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y VIVIENDA HABITUAL HIPOTECADA

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. La ventaja de este itinerario es que permite la

(31) AZOFRA VEGAS, F., 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., 2022, pp. 275-296, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8166/documento/art14.pdf?id=13105&forceDownload=true> (Consultado el 3 de julio de 2024). 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 artículo 497. Esto es lo que afirma FACHAL NOGUER 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.



obtención de la exoneración de manera inmediata, sin necesidad de esperar un plazo de tres años y con carácter definitivo, aunque revocable si concurren las circunstancias previstas en el artículo 493 TRLC.

La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 y 250 TRLC) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC). Así mismo, también puede entrar en este itinerario de exoneración con liquidación las microempresas sujetas al procedimiento especial regulado en los artículos 685 y ss. TRLC. Según lo dispuesto en el artículo 700 TRLC, 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 la vía del plan de pagos es necesario que existan posibilidades objetivas del cumplimiento del plan (art. 498 TRLC), 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⁽³²⁾ 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) 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). 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 de 17 de mayo. Solo cabe excluir los bienes inembargables y la vivienda no lo era. Su doctrina

(32) 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), pp. 497 ss.

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, dado que parece que su ejecución no supondría ningún beneficio para el resto de los acreedores puesto que no habría recursos sobrantes tras la ejecución. En este caso ¿es posible excluir la vivienda hipotecada del plan de liquidación cuando la deuda hipotecaria supera el valor del bien?

Ninguna norma lo autoriza de manera expresa ahora ni tampoco en la regulación anterior. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que se desarrollara una línea jurisprudencial favorable a excluir la vivienda habitual del deudor del plan de liquidación⁽³³⁾. Su doctrina fue acogida en uno de los acuerdos (núm. 12) aprobados en el Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona⁽³⁴⁾. Según dichos acuerdos, se permitía que no se ejecutara la vivienda «*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. Acordada la conclusión del concurso y concedida la exoneración del pasivo insatisfecho, el acreedor podrá instar la ejecución de la garantía real si el deudor dejara de pagar. El acreedor evitaría de esta forma la exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución. Esta doctrina que permitía evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual a quien realmente estaba ayudando era al acreedor⁽³⁵⁾.

A mi juicio, 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⁽³⁶⁾. Sin

(33) La exclusión de la vivienda hipotecada del plan de liquidación fue planteada por primera vez en el auto del Juzgado mercantil núm. 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) sin haberse ejecutado la hipoteca.

(34) Seminario de Jueces de lo Mercantil y JPI núm. 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016. http://www.manjarin.com/PDF_Comunicaciones/Seminario_Jueces_Mercantil_Exoneracion_Pasivo_Insatisfecho_210616.pdf (Consultado el 21 de julio de 2024).

(35) Así lo denuncié en este post «La banca ya sabe cómo “escapar” de la segunda oportunidad», 20 de mayo de 2015 <https://www.hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/> (Consultado el 3 de julio de 2024).

(36) Así lo entiende FACHAL, N. (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

embargo, se mantiene la línea jurisprudencial que permite excluir la vivienda del plan de liquidación. Cf. Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña de 9 de febrero de 2023.

5. VIVIENDA FAMILIAR COMÚN GRAVADA CON HIPOTECA Y CONCURSO DE ACREEDORES DE UNO DE LOS CÓNYUGES O PAREJA DE HECHO ¿PUEDE EL CÓNYUGE NO CONCURSADO EVITAR LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA?

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 solo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC). 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.

Si el concursado solicita la EPI con itinerario de liquidación cabría entender que no se produce el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario (art. 414 TRLC) 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

conlleva la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa». La autora ha cambiado su criterio en el trabajo, «Las deudas con garantía real en la exoneración del pasivo insatisfecho», La Ley Insolvencia núm. 21, julio 2023, p. 14, IIILegalteca, señalando que la Ley 16/2022 no ha cerrado la puerta a la doctrina que permite excluir la vivienda del plan de liquidación, siempre que se den los requisitos jurisprudenciales citados. Como se ve, ni una sola cita de la ley. Basta la opinión de los magistrados para alterar un sistema que solo beneficia al acreedor. Cosa distinta es que se permita la reestructuración de la deuda hipotecaria si no se ejecuta la hipoteca por aplicación del artículo 492 bis TRLC, tal y como he defendido en otro lugar CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELJO, JM., 2023, p. 292. En la misma línea, GARCÍA-VILLARRUBIA, M., 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 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., 2021, p. 78.



en este caso la regla contenida en el artículo 1.148 CC 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⁽³⁷⁾.

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). 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). Sin embargo, la totalidad del inmueble se encuentra gravado con una hipoteca que es indivisible. Ello significa, según dispone el artículo 122 Ley Hipotecaria (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 y artículos 122 y ss LH). Toda la finca hipotecada responde de la devolución del préstamo, aunque al concursado solo le corresponda el 50% (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 11 de noviembre de 2022 y no cabe alegar el artículo 225 TRLC (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»*⁽³⁸⁾.

(37) RODRÍGUEZ VEGA, L., 2021, p. 233.

(38) 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



Si hay impago del préstamo, la hipoteca se ejecutará, pero si el no concursado sigue abonando el préstamo y el concursado se acoge 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) y evitar el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 TRLC). 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.

6. LA VÍA DEL CONCURSO SIN MASA PARA EVITAR LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL CUANDO LA DEUDA SUPERA EL VALOR DEL BIEN

Si hay un aspecto mal regulado en la reforma operada por la Ley 16/2022 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

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 artículo 149.5 LC (hoy artículo 225 TRLC): «la adquisición por el postor, en este caso el acreedor hipotecario, de lamitad 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.



también el deudor puede solicitar la EPI en estas hipótesis (art. 501 TRLC) 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 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.

El artículo 37 bis TRLC recoge los supuestos que se entienden como concurso sin masa, destacando respecto del tema que nos ocupa que es la vivienda el apartado d) que dispone que será sin masa el concurso cuando 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*. En el caso de que, por ejemplo, un deudor solo tenga un inmueble hipotecado en el que la deuda hipotecaria supere el valor de la garantía, se considera que existe insuficiencia de masa.

Presentada la solicitud de concurso, el juez lo declarará con insuficiencia de masa si se acredita que el patrimonio es insuficiente⁽³⁹⁾ 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⁽⁴⁰⁾. Estas son las razones en las que se pueden basar los acreedores para nombrar al administrador concursal. Parece que no caben otras como,

(39) No hay que olvidar que los artículos 134 y 135 TRLC permiten que el juez pueda requerir información patrimonial al deudor.

(40) Artículo 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.*



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*⁽⁴¹⁾. Como se puede comprobar, la norma quita poderes al juez y se los brinda a los acreedores, que son las «víctimas» de la EPI.

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 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 los 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). 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) 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 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

(41) Así lo ha destacado BLANCO SARALEGUI, JM., 2021.



la ejecución. Tal interpretación no solo, como he dicho, es contraria a la DRI, sino también a la de Directiva 2014/17 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)⁽⁴²⁾. Permitir que este prestamista escape de la exoneración no es más que un incentivo al préstamo irresponsable y ello no solo viola la DRI que prevé solo dos itinerarios para la obtención de la EPI⁽⁴³⁾ (liquidación y plan de pagos)⁽⁴⁴⁾, sino la normativa europea citada sobre préstamo responsable. Se impone una interpretación correctora conforme con la normativa europea citada y, particularmente, con la DRI⁽⁴⁵⁾.

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), 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. No puede suceder que se obtenga la EPI sin liquidación cuando hay bienes que liquidar. Eso es un contrasentido. El art.501 TRLC, parte de la hipótesis de que no hay bienes que liquidar, pero no se tuvo en cuenta el artículo 37 bis d) TRLC 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 defi-

(42) Cfr. también el artículo 8 Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

(43) Así se establece en el artículo 2.1.10 DRI 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: «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 [...]».

(44) Como señala AZOFRA VEGAS, F., 2021, p. 262, la DRI no contempla la posibilidad de una EPI sin plan de pagos y sin liquidación. Buena prueba de ello es la regla contenida en el artículo 21.3 DRI que permite que se decrete la exoneración, aunque continúe el proceso de ejecución y liquidación de activos.

(45) Más extensamente mi trabajo, «Vivienda y concurso de acreedores», Actualidad Civil, núm. 9, 2023 [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAA3IQQq \(AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMjk0fHzLZ-KUMr-L5Lew-uBe2K290aEX2oCrfKLGlsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8MiMjk0fHzLZ-KUMr-L5Lew-uBe2K290aEX2oCrfKLGlsj4Bs2DadnNurlSwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE).

ciente en este punto y lo cierto es que permite evitar en sede concursal la ejecución de la vivienda habitual cuando la deuda supera el valor del bien.

Para evitar los inconvenientes de este planteamiento, caso de que la deuda hipotecaria supere el valor de la vivienda hipotecada, debe aplicarse por analogía el art. 492 bis TRLC, reestructurándose la deuda hipotecaria en la parte que excede del límite del privilegio especial (art. 489.1.8º TRLC) sin necesidad de ejecutar el inmueble. El juez puede ordenar a la entidad financiera el recálculo, el cual deberá realizar para que la deuda hipotecaria devenga líquida y exigible.

Aunque 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 previsto 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 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. Existe identidad de razón porque en ambos casos (plan de pagos y concurso sin masa se opta a una EPI sin liquidación). Ahí está la identidad de razón. 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.

Ahora bien, para que se pueda aplicar el art. 492 bis por analogía en concurso sin masa, es necesario que el deudor aporte una tasación del inmueble por entidad homologada por el Banco de España, para que se cumplan los requerimientos del art.273 TRLC relativos a la determinación del valor razonable del bien.

Así se ha entendido recientemente en el Auto 221/2023 de 20 de abril de 2023 del Juzgado Mercantil de Sevilla que aplica analógicamente el art. 492 bis TRLC en caso de concurso sin masa, procediendo a la reestructuración de la deuda hipotecaria. Al mismo resultado llega el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 6 de marzo de 2023 declarando exonerable la deuda que quede pendiente tras la futura ejecución hipotecaria. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado Mercantil n.º 2 de Pamplona de 23 de octubre de 2024

La tesis que defiende ha sido mantenida también en el Auto del Juzgado Mercantil n.º 5 de Barcelona de 23 de abril de 2025.

En suma, la vivienda habitual del concursado puede conservarse en el proceso concursal en caso de plan de pagos y en los supuestos de concurso sin masa.



7. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, excónyuge o conviviente *more uxorio*», *Revista Jurídica La Ley*, año XXVII, número 6573, jueves 19 octubre 2006.
- ALVAREZ OLALLA, *Comentario al artículo 78 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004.
- AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones/Journal of Insolvency & Restructuring* 7/2022.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002.
- BLANCO SARALEGUI, J. M., «La nueva regulación de los concursos sin masa», *La Ley Insolvencia* núm. 5, julio-septiembre 2021, Ed. La Ley.
- BLANQUER ÜBEROS, *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2005.
- CUENA, M., y FERNÁNDEZ SELJO, J. M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física», III Aranzadi, Cizur Menor 2023.
- CUENA CASAS, M., «El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad», Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2008.
- «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022) *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, p. 48-51. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas>.
- «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)), pp. 275-442.
- «Mecanismos de protección del patrimonio familiar» (2015), *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, pp. 329-346.
- «Vivienda y concurso de acreedores», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2023 [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAA3IQQq \(AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8Mi-MJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrFkLGLsj4Bs2DadnNurl-SwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAA3IQQq (AIBAF0Nu4jkRazUq7gbSfnE8Mi-MJk0fHzLZ-KUMrL5Lew-uBe2K290aEX2oCrFkLGLsj4Bs2DadnNurl-SwZZ4IHJFEzbK9uAHEdQJ3FIAAAA=WKE).
- «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas» (2022), *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, pp. 48-51.
- 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 Aragoneses*, Zaragoza, 2010.
- 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* núm. 13, febrero 2021.



- 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-concurado>.
- «Deudas con garantía real y exoneración del pasivo insatisfecho», *La Ley Insolvencia*, núm. 21, julio 2023, p. 13. Versión electrónica III Legalteca.
- 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/>.
- GROSS, K.; HEIDT, K., y LUPICA, L. (2006), «Legislative Messaging and Bankruptcy Law», *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1999.
- MARTÍN MARTÍN A., «Paralización de ejecuciones extraconcursoales tras la Ley 16/2022» (20 de noviembre de 2022) quien entiende que se suspenden las ejecuciones pendientes ante otros juzgados que deberían remitir las actuaciones al juez concursal. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/paralizacion-de-ejecuciones-extraconcursoales-tras-la-ley-16-2022/>.
- MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995.
- 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* 2022.
- 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.
- MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (El artículo 1320 CC)*, Cizur Menor, 2005.
- 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.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 30, 2013, pp. 199-233.
- 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*, Thomson Aranzadi, 2021,.
- SENDRA ALBIÑANA, A., *El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas*. III La Ley, Madrid, 2023.

