



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 un derecho paraconcursal

Fátima Yáñez Vivero

Catedrática Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Title: *The exclusion of the mortgaged primary residence from the liquidation plan. A judicial creation and the need to reactivate preventing proceedings in insolvency*

RESUMEN: La escasa sensibilidad del legislador concursal español en la tutela de la vivienda habitual de un deudor sobreendeudado e insolvente ha tratado de compensarse, en nuestro país, con una serie de resoluciones judiciales que no cuentan con una expresa cobertura legislativa. En este trabajo abordamos, como punto de partida, esta construcción judicial en torno a la exclusión de la vivienda familiar en el plan de liquidación del concursado y proponemos una serie de medidas dentro del actual marco normativo - pero fuera del concurso y de la natural liquidación en la que suele desembocar - que permitan imponer a los acreedores un plan de pagos, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

ABSTRACT: *The lack of sensitivity of the Spanish bankruptcy legislator in the protection of the habitual residence of an over-indebted and insolvent debtor has been compensated with a series of judicial resolutions that do not have express legislative coverage. In this paper we address, as a starting point, this judicial construction around the exclusion of the family home in the bankruptcy liquidation plan and propose a series of measures within the current regulatory framework -but outside the bankruptcy and the natural liquidation in which is usually ends- that allow a payment plan to be imposed on creditors, provided that certain conditions are met.*

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar hipotecada, insolvencia, liquidación concursal, derecho preconcursal, plan de reestructuración no consensual

KEY WORDS: *mortgaged family housing, insolvency, bankruptcy liquidation, prebankruptcy law, non-consensual restructuring plans*

SUMARIO: 1. EL DERECHO A UNA «HABITACIÓN» EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: LITERATURA, DERECHO Y NECESIDAD DE DISPONER DE UNA «HABITACIÓN PROPIA» COMO SOPORTE DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES. 2. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO ACTUAL: VIVIENDA PRINCIPAL Y SEGUNDA OPORTUNIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y DE LAS FAMILIAS. 3. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES CONTRA LEGEM PERO EN INTERÉS DEL CONCURSO. 4. ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECIENTES SOBRE VIVIENDA Y LIQUIDACIÓN CONCURSAL. 5. CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA VIVIENDA HIPOTECADA EN EL PLAN DE LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO DEL DEUDOR HIPOTECARIO. 5.1. *Ingredientes comunes*. 5.2. *El pago de los privilegios especiales con bienes de la masa*. 5.3. *Los gastos de vivienda como alimentos del deudor en concurso*. 5.4. *Deudores hipotecarios sin recursos en el concurso de acreedores: necesidad de armonizar legislaciones*. 6. LA REHABILITACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO Y EL MANTENIMIENTO DEL PROGRAMA DE LA OBLIGACIÓN ORIGINARIA. 7. LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS DEUDAS DEL CONSUMIDOR EN ITALIA Y LA EXCEPCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA PRINCIPAL EN EL NOVÍSIMO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELLA INSOLVENZA. 7.1. *El escenario antes del Codice della Crisi d'Impresa e della Insolvenza*. 7.2. *El escenario tras la entrada en vigor del Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza*. 8. EL DENOMINADO NUEVO «DERECHO PRECONCURSAL» EN ESPAÑA Y SU TRASCENDENCIA EN LA CONSERVACIÓN DE LA VIVIENDA

HIPOTECADA «IN BONIS». 9. UNAS REFLEXIONES FINALES PARA UNA PROPUESTA DE MANTENIMIENTO O REESTRUCTURACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO ANTES (O FUERA) DEL CONCURSO. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL DERECHO A UNA «HABITACIÓN» EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: LITERATURA, DERECHO Y NECESIDAD DE DISPONER DE UNA «HABITACIÓN PROPIA» COMO SOPORTE DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES

No todas las personas sobreendeudadas sobre las que pesa la «espada de Damocles» de perder su casa tienen la suerte que, en su día, tuvo el ilustre escritor francés Honoré de Balzac, quien, endeudado hasta las orejas, parece que alquiló con nombre falso, desde 1840 hasta 1847, una agradable casita con jardín (ubicada cerca de la Torre Eiffel), que estaba pensada expresamente para poder huir de sus acreedores. Situada en una abrupta pendiente, cuando alguien le buscaba llamando a la puerta superior, él escapaba por la puerta inferior, situada varias calles más abajo. En esta casa Balzac escribió muchas de sus obras, y corrigió la ingente obra de *La Comedia humana*, uno de los proyectos literarios más ambiciosos de toda la historia de la literatura.

Cuenta MARCHAMALO que sus deudas eran legendarias y que los acreedores llamaban a su puerta haciendo sonar una campanilla de plata, encontrándose con el silencio más indiferente cuando no con los ladridos amenazantes de un enorme perrazo, el Turco, «todo dientes y fauces espumosas y ojos inyectados, temible y homicida»¹. Lo cierto es que esa casa, la hoy conocida como «Maison Balzac», continuó siendo no solo la vivienda del escritor de la que este no fue desposeído pese a las múltiples deudas, sino también el refugio y muro de contención frente a sus acreedores.

La realidad en la Europa contemporánea es bien diferente. En España, en concreto, la vivienda –sea o no la principal del deudor– es embargable y si, además, pesa sobre ella una garantía hipotecaria se verá obligada –en caso de concurso de acreedores– a soportar el peso que supone la existencia de un crédito privilegiado a favor del acreedor hipotecario. La pérdida de la vivienda es, al amparo de la legislación vigente, el destino normal en cualquier caso, si bien existen medidas paliativas de suspensión de los desahucios durante un tiempo o medidas que incrementan el límite del importe de lo legalmente inembargable cuando, ante la ejecución de la vivienda, concurren circunstancias de vulnerabilidad del deudor y de su familia; pero nada de ello paraliza el destino final de la liquidación de la vivienda, dentro o fuera del concurso, e, incluso, después del concurso si se iniciase un procedimiento de exoneración del pasivo pendiente, al amparo de los artículos 486-502 del nuevo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de

¹ Vid. MARCHAMALO, Jesús y FLORES, Damián, «Balzac y los acreedores», *44 escritores de la Literatura Universal*, Siruela, Madrid, 2010, p. 20.

la Ley Concursal (en adelante, TRLC). Solo si el acreedor estuviera dispuesto a una renegociación podría evitarse esa liquidación.

Dejar esta decisión en manos del acreedor –por lo general un Banco– llevará, habitualmente, a una irremediable pérdida de la vivienda principal. Por ello, habrá que plantearse la necesidad de que el legislador no deje solo en manos del acreedor esta delicada cuestión, habida cuenta de que, como veremos, tampoco el acreedor sale ganando.

La necesidad de disponer de una vivienda o de un espacio habitacional en sentido amplio es, además de básico por lo que supone de soporte físico y psicológico para el ser humano, fundamental para el desarrollo de sus derechos de la personalidad. No se pueden tutelar derechos como el de la intimidad personal y familiar sin un techo bajo el que cobijarse, pero también un derecho como el de la libertad de expresión o de creación artística requiere una «habitación propia» para poder ser cultivado.

Esa «Maison de Balzac», a la que al inicio aludíamos, intocable a las garras de los acreedores, fue el espacio de inspiración y de recogida para poder escribir una gran obra. Y la gran Virginia Woolf tituló como *Una habitación propia* dos de las conferencias que impartió en octubre de 1928 en la Sociedad Literaria de Newham y la Odtta de Girton, de las que destila el *leitmotiv* de que «una mujer debe tener dinero y una habitación propia para poder escribir novelas (...)»². Según Woolf, uno de los factores que pudieron influir notablemente en la discriminación y desigualdad histórica entre hombres y mujeres fue el hecho de que las mujeres no contaban con un espacio propio, con una habitación que, mucho más allá del techo o cobijo que suponga, implica el reconocimiento de una libertad individual necesaria para el libre desarrollo de su personalidad³. Esta idea, de la necesidad de reconocimiento de un «derecho» a disponer de una habitación propia, puede extrapolarse a todas las personas y, en especial, a aquellos colectivos más vulnerables.

De hecho, la historiadora Lynn HUNT explicaba el proceso por el que los derechos humanos se han ido expandiendo a toda la humanidad de la mano de pequeños cambios domésticos, como el aseo

² La edición que se ha consultado de *Una habitación propia* es la de Seix Barral, duodécima impresión, septiembre de 2019, en la traducción de Laura Pujol. Cuenta Virginia Woolf que su tía, Mary Beton, murió de una caída de caballo un día que salió a tomar el aire en Bombay y la noticia de su herencia le llegó una noche, en la época en la que se aprobaba una ley que les concedía el voto a las mujeres. Cuando Virginia abrió la carta del notario que cayó en su buzón se encontró con que su tía le había dejado quinientas libras al año hasta el resto de sus días. «De las dos cosas –el voto y el dinero– el dinero, lo confieso, me pareció de mucho la más importante», pp. 52-53 de la edición citada.

³ Por ello, resulta especialmente llamativo que algunas autoras, como Jane Austen, pudieran llevar a cabo una intensa producción literaria, porque, como reconoce su sobrino, no contaba con un despacho propio donde retirarse y la mayor parte de su trabajo debió de hacerlo en la sala de estar común, expuesta a toda clase de interrupciones. Así se refleja en *Una habitación propia*, *cit.*, p. 93.

privado o los dormitorios individuales⁴. La autonomía e individualidad ganadas tiene mucho que ver con los espacios físicos, como contar con una mesa, una habitación o un rincón propio y ello no solo para los escritores sino para el desarrollo de cualquier tarea, profesión u oficio. La vivienda constituye un ámbito de libertad individual y/o familiar con reconocimiento constitucional en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En un escenario de dificultades económicas, la necesidad de disponer de un espacio habitacional propio cobra todavía un mayor valor y significado. Como señala el *Informe del Banco Mundial sobre tratamiento de la insolvencia de personas naturales*, «el objetivo es que cuando los deudores reciben la exoneración y salen de la insolvencia obteniendo un “fresh start”, deberían conservar suficientes propiedades para poder satisfacer sus necesidades domésticas después de la insolvencia, para ellos y sus familias [...]»⁵. Además, la vivienda familiar es, sin duda, el activo más importante desde el punto de vista psicológico, por servir de residencia y de punto de encuentro para la familia; y perder esa vivienda concreta puede significar un duro golpe para cualquier deudor⁶.

Por su parte, 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, concede una importante atención a la tutela de la vivienda familiar de las personas incursas en estos procedimientos. Si bien la Directiva -que debe ser transpuesta por los estados de la Unión antes del 17 de julio de 2021- está diseñada para los empresarios, sean estos personas jurídicas o personas físicas, puede extrapolarse, en algunas cuestiones, a las personas físicas no empresarias⁷. El artículo 23, en su apartado tercero, establece que «[...] como excepción a lo dispuesto en el artículo 21, los Estados miembros podrán prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que:

⁴ Considera HUNT que la arquitectura doméstica reforzó el sentido de la separación y de la autonomía personal a través, por ejemplo, de la «chambre» en las casas francesas de la segunda mitad del Siglo XVIII. Lo que en el pasado había sido una «habitación para todos» se convirtió en el «dormitorio», e incluso la élite de la sociedad parisina disponía de un «boudoir» («boudier», en francés, significa «enfurrñarse»), es decir de una habitación donde uno podía enfurrñarse en privado. *Vid.* HUNT, Lynn *La invención de los derechos humanos. Historia, Tiempo de Memoria*. Tusquets Editores, Barcelona, 2009, pp. 85 y 86.

⁵ *Vid.* el contenido íntegro del informe en la siguiente web http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

El texto que se ha entresacado se puede leer en la página 136, punto 421. [Consulta: 1 de octubre de 2020]

⁶ *Vid.*, igualmente, el precitado informe del Banco Mundial, *ibidem*.

⁷ En efecto, el art. 1.4 de la Directiva prevé expresamente que: «Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios».

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, o

b) no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia».

Los plazos tras los cuales los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de deudas, según el artículo 21 de la Directiva, no podrán ser superiores a tres años, pero este plazo se puede ampliar cuando, por ejemplo, esté en juego la vivienda de ese empresario, de modo que para evitar la ejecución y/o para garantizar la continuación de la actividad en esa vivienda, los Estados miembros pueden establecer plazos más amplios de pago de deudas. Cuánto de largos no lo dice la Directiva, pero podría entenderse que todo aquello que permitiera seguir pagando la hipoteca, según el contrato de préstamo hipotecario suscrito. Claramente la medida está pensada para evitar la ejecución o liquidación de la vivienda, ampliando el plazo de pago de las deudas para que el deudor no se sienta ahogado y abocado a vender uno de los activos más importantes de su patrimonio, como es el de la vivienda principal y/o familiar.

Ahora bien, ¿cómo se podría conseguir que el acreedor no ejecute la vivienda sin lesionar notablemente sus intereses? Trataremos de reflexionar sobre ello no sin antes levantar la mirada hacia lo que está ocurriendo en la realidad socioeconómica en la que estamos inmersos y observando, también, algunas respuestas de los jueces frente a la escasa atención –seguramente procurada– de la legislación concursal ante un tema tan sensible y delicado.

2. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO EN 2020: VIVIENDA PRINCIPAL Y SEGUNDA OPORTUNIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y DE LAS FAMILIAS

En España, el porcentaje de viviendas «perdidas» para el deudor hipotecario o para el deudor arrendatario ha disminuido significativamente en el segundo trimestre del año 2020, aunque el número de ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual ha vuelto a aumentar de modo drástico en el último trimestre de este año 2020, como veremos a continuación.

Según datos del Observatorio de la Vivienda y del Suelo (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana), los lanzamientos de la vivienda habitual han tenido un

crecimiento más continuado desde 2008 (año en el que se tiende a situar la crisis económica y financiera mundial), pasando de 5.600 a los 19.000 a principio de 2012, cifra que se ha repetido hace un año. En el segundo trimestre de 2020 disminuye un 62,6% en relación con el mismo trimestre del año anterior, y se han recibido 6.953 lanzamientos, y practicado una cifra mucho menor, 1.383, de los que 1.013 son consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁸.

El segundo trimestre de este año 2020, coincidiendo con la plena incursión en la crisis sanitaria derivada del SARS-Covid 19, también nos trae la buena noticia del significativo descenso de las ejecuciones hipotecarias sobre viviendas. Las ejecuciones hipotecarias sobre viviendas habituales en propiedad disminuyen un 37,7%⁹. De las 5.534 ejecuciones iniciadas sobre el total de fincas, más de la mitad corresponde a vivienda. El total de viviendas afectadas es de 2.905 y de este total solo 877 son habituales en propiedad (un 37,7% menos que en el mismo trimestre de 2019). Como nos relata el informe del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), durante este segundo trimestre no se ha iniciado un elevado número de procedimientos de ejecución hipotecaria sobre viviendas habituales en propiedad de personas físicas, debido a las medidas del Estado de Alarma que cristalizan en el Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo. En concreto, en su artículo 7, se establecen medidas extraordinarias conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual. Igualmente, el artículo 8 dispone el ámbito de aplicación de dicha moratoria, estableciendo que se aplicará cuando concurren en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, para entender quién está dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica, sobre los que volveremos, más adelante, en este mismo trabajo.

Esta cifra era muy esperanzadora, pero, lamentablemente, no se perpetúa en el tiempo, porque en el tercer trimestre del año 2020, el número de ejecuciones hipotecarias ha vuelto a dispararse, aumentando un 70,7 % en tasa anual el número de ejecuciones sobre viviendas de personas físicas¹⁰. Entre las viviendas de personas físicas con ejecución hipotecaria, más del 20 por ciento, es decir, 1.804, son viviendas

⁸ Cfr. Boletín del 2º. trimestre de 2020 del Observatorio de la Vivienda y del Suelo. Vid. <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW074>, p. 46. [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

⁹ Son datos todos ellos extraídos del portal estadístico del INE. Vid. el informe provisional de datos en <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0220.pdf> [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

¹⁰ Vid. <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0320.pdf> [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

habituales en propiedad (un 82,2% más que en el mismo trimestre de 2019)¹¹. Los cuadros del INE que se muestran a continuación son significativos de este cambio, así como de la variación de un trimestre respecto al inmediatamente anterior y de un año respecto al inmediatamente anterior.

Inscripciones de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas en los registros de la propiedad - Trimestre 2/2020¹²			
	Valor	Variación trimestral	Variación anual
Total fincas	5.534	-47,4	-37,7
Viviendas (877 fueron vivienda familiar)	2.905	-50,8	-59,6

Inscripciones de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas en los registros de la propiedad - Trimestre 3/2020¹³			
	Valor	Variación trimestral	Variación anual
Total fincas	8.648	56,3	-29,3
Viviendas (1804 fueron vivienda familiar)	4.756	63,7	-17,2

Al margen de la pérdida de la vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria como los vistos, cuando el deudor ha estado incurrido en un procedimiento concursal que finaliza por insuficiencia de masa o por liquidación de esta, se verá abocado, inexorablemente, a la pérdida de todo su patrimonio, incluida la vivienda en aquellos

¹¹ Señala el Informe del INE, en el tercer trimestre del año 2020, que el objetivo principal de la Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias es ofrecer trimestralmente el número de certificaciones de ejecuciones hipotecarias que se inician e inscriben en los registros de la propiedad durante el trimestre de referencia. Conviene destacar que no todas las ejecuciones de hipoteca que se inician terminan con el lanzamiento de sus propietarios y que un procedimiento judicial puede dar lugar a varias certificaciones por ejecución de hipoteca. <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0320.pdf>. (p. 1, nota 1) [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

¹² Fuente: INE, <https://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0220.pdf> [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

¹³ Fuente: INE https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176993&menu=ultiDatos&idp=1254735576757 [Consulta: 10 de diciembre de 2020].

países en los que la vivienda es embargable, como sucede en España y en la mayor parte de los ordenamientos europeos. Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo, se aprecia una tendencia en algunos órganos judiciales españoles favorable a excluir la vivienda del plan de liquidación.

La realidad de los medios de comunicación de masas, en España, nos ofrece, en el momento presente, un muestrario ciertamente amplio de los escenarios ante los que podemos encontrarnos en este concreto aspecto al que acabamos de referirnos. A mi juicio, admiten ser agrupados en tres situaciones diversas: a) casos en los que el juez excluye la vivienda habitual del plan de liquidación concursal; b) casos en los que el juez ordena la liquidación de la vivienda; c) casos en los que el propio deudor prefiere optar por la liquidación de la vivienda para comenzar una segunda oportunidad partiendo de cero.

a) Casos en los que el juez excluye la vivienda habitual del plan de liquidación concursal
El titular del periódico no podía ser más llamativo: Un ovetense salva su vivienda después de que se le perdone una deuda por la Ley de Segunda Oportunidad. Ocurría recientemente: el 5 de febrero de 2020, *La Voz de Asturias* nos relataba que un juez asturiano exoneraba del pago de más de medio millón de euros a un vecino de Oviedo que contrajo una deuda de más de 700.000 euros por avalar a una empresa que entró en concurso de acreedores de forma fortuita¹⁴. El titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo dicta un auto en el que, además, declara que el deudor no perderá su vivienda, al estar hipotecada por un importe superior a su valor en el mercado y considerando que el crédito con privilegio especial derivado de un crédito hipotecario está siendo atendido por el deudor.

El letrado había solicitado la exoneración del pasivo insatisfecho al cumplir con los requisitos de la Ley de Segunda Oportunidad por la buena fe, al ser declarado el concurso como fortuito y por no tener el deudor una condena firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores al concurso. Además, el juez considera que se ha intentado alcanzar previamente un Acuerdo Extrajudicial de Pagos con los acreedores, pese a que no ha sido posible lograr el nombramiento de mediador concursal. Ninguno de los mediadores concursales propuestos aceptó el cargo, por causa que considera no

¹⁴ Vid. <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/oviedo/2020/02/05/ovetense-salva-vivienda-despues-perdone-deuda-ley-segunda-oportunidad/00031580895851989679205.htm> [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

imputable al deudor. En este caso, además, el juez tiene en cuenta que la entidad bancaria (acreedor hipotecario) no ha mostrado disconformidad con la concesión del Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho (en adelante BEPI).

Así pues, el deudor podrá mantener su vivienda habitual por encontrarse hipotecada por un importe superior al valor de la vivienda ya que, de la deuda total, 147.362 euros correspondían a la hipoteca, lo que ha llevado al juez a perdonarle los 585.536 euros restantes.

También del Principado de Asturias nos llega el eco del caso de un empresario ovetense al que se le exime del pago de una deuda de más de 600.000 euros. El 18 de enero de 2020 *La Voz de Asturias* informa de que un juzgado ovetense aplica la Ley de Segunda Oportunidad, permitiendo que el deudor conserve una vivienda que no es la familiar y que se encuentra alquilada a una tercera persona¹⁵. El juez ha reforzado su criterio sobre la base de que la hipoteca se encontraba al corriente de pago siendo la cuota del préstamo superior a la renta obtenida por su alquiler, por encontrarse el inmueble sobrehipotecado. La deuda total ascendía a 797.962 euros, si bien, al mantener la vivienda que se encuentra alquilada, la exoneración o perdón de las deudas alcanza la cifra de 602.750 euros.

El juez considera que la concesión del perdón de la deuda no resulta incompatible con el mantenimiento de un bien inmueble en el patrimonio del deudor, sin necesidad de total liquidación, como vivienda habitual o, como ocurre en este caso, en alquiler¹⁶. Para ello deben darse unos requisitos –destaca el medio de comunicación referido– entre los que figura el estar la hipoteca al corriente de pago, así como que el valor venal del bien sea inferior a la deuda hipotecaria viva¹⁷.

En el auto, el juez subraya que, en esta coyuntura, vender el bien «a nadie beneficia», ni al deudor que obviamente pierde el bien, ni al banco acreedor que aspira al mantenimiento del contrato de préstamo, ni a los acreedores ordinarios o subordinados, que «no pueden esperar sobrante».

¹⁵ Vid. <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/oviedo/2020/01/18/eximen-ovetense-pagar-deuda-600000-euros-ley-segunda-oportunidad/00031579341061779615538.htm> [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

¹⁶ El propio Juez de este auto, Alfonso MUÑOZ PAREDES, comenta su contenido en «El arte de (no) pagar las deudas», *Diario La Ley. Cuestiones de Práctica Concursal*, número 9584 (2020).

¹⁷ Un caso similar a este puede verse, igualmente, en el diario *La Voz de Asturias*, <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias/2020/06/18/juez-perdona-178000-euros-deuda-trabajadora-autonoma/00031592479760648865789.htm> [Consulta: 12 de enero de 2020].

También en 2020, e igualmente en el Principado de Asturias, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón estima la demanda de una mujer que avaló a la empresa de su marido antes de divorciarse. El 16 de enero, el diario digital *El Comercio* nos relata que ese Juzgado aplica la denominada Ley de Segunda Oportunidad a una mujer a la que ha exonerado del pago de 600.000 euros de la deuda de 723.416 euros que había contraído como avalista de la empresa de su exmarido¹⁸. Con la resolución judicial, deberá abonar 123.416 euros, a través de cuotas mensuales, en concepto de la hipoteca de su vivienda habitual.

La demandante había avalado a la empresa de su marido, pero la compañía dejó de pagar y, ya divorciada, empezó a recibir cartas en las que se le requería para que hiciera frente a los créditos impagados en su condición de avalista. A través de sus letrados, solicitó ante el juzgado el «perdón». En el auto dictado por el juez, se declara la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho al considerar que, en su condición de concursada, reunía los requisitos recogidos en el artículo 178 bis de la Ley Concursal de 2003 (LC, en adelante).

La demandante podría haber sido exonerada de responsabilidad en su totalidad de haber entregado su piso, si bien ha preferido mantenerlo como su vivienda habitual con el pago de la hipoteca.

Como razonamiento jurídico, el juez señala que «en el caso de que se liquidara, a los acreedores ordinarios, que no tienen garantía hipotecaria, no les quedaría nada porque se lo llevaría la hipoteca, con lo que nadie saldría beneficiado y además la mujer perdería el piso».

Y esta vez del sur de España nos llega el eco, a través del diario *La Vanguardia*, de una familia de La Línea de la Concepción que arruinada por los gastos médicos derivados de la enfermedad grave de la esposa consigue que se le apliquen medidas de la Ley de Segunda Oportunidad que suponen una quita de la deuda en un 50 por ciento y la conservación de la vivienda familiar¹⁹.

Respecto a los casos precedentes, la singularidad de este reside en que se llegó a un acuerdo extrajudicial con los acreedores, tan poco frecuente en la práctica. Con este acuerdo (votado por el 90 por ciento de los titulares de créditos y que obliga al 10 por

¹⁸ Vid. <https://www.elcomercio.es/gijon/gijon-juez-exonera-deuda-avalista-exmarido-600000-20200115120221-nt.html> [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

¹⁹ Vid. <https://www.lavanguardia.com/vida/20201013/484041849992/familia-rescatada-lley-segunda-oportunidad.html> [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

ciento restante) se evita entrar en fase de liquidación y, por ello, la conservación de la vivienda familiar (con el compromiso de seguir pagando la deuda hipotecaria) es una medida que no sorprende en la medida en que, aunque el acreedor hipotecario se hubiera negado a aceptar esta solución, se integra en el marco de un acuerdo aprobado y vinculante para todos cuya finalidad es, precisamente, evitar la liquidación de los bienes del deudor y reducir y/o aplazar el pago de algunas de las deudas. En este caso la reducción de las deudas abarcó el 50 por ciento y el aplazamiento fue de 5 años.

b) Casos en los que el juez ordena la liquidación de la vivienda

El 1 de febrero del mismo año 2020, *ABC digital* nos da cuenta de un caso en el que, a diferencia de los anteriores, se liquida la vivienda familiar²⁰. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla libera de una deuda de 805.213, 44 euros a un exempresario sevillano en régimen de autónomo, cuya empresa auxiliar de construcción quebró en 2009 arrastrada por el derrumbe del mercado inmobiliario. Por imposición de las entidades financieras, el deudor había avalado con su patrimonio y el de su esposa la deuda derivada de su actividad empresarial, con lo que acabaron perdiendo la empresa y todos sus bienes familiares, incluyendo la vivienda donde residía el matrimonio y sus tres hijos.

Esta es la consecuencia natural de la concesión del denominado BEPI. Para obtener tal beneficio hay que pasar por un previo concurso que ha de terminar en liquidación y la liquidación afecta a todos los activos del deudor. Esta decisión judicial había sido ya iniciada por otras resoluciones, como el Auto nº 158/2011, de 27 de septiembre, de la AP de Pontevedra, por considerar que la LC, «según es de sobra sabido, no ha establecido ninguna especialidad para la ejecución de garantías reales sobre bienes de consumo, en particular sobre la vivienda habitual, o de las personas físicas en general [...] De toda evidencia no puede pretenderse que bajo invocaciones genéricas a los derechos humanos o los principios rectores de la actividad económica pueda excepcionarse el régimen de la ejecución de las garantías reales en el concurso ...»²¹.

²⁰ Vid. https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-juez-libera-empresario-deuda-800000-euros-ley-segunda-oportunidad-202001301411_noticia.html [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

²¹ Fundamento Segundo del citado Auto. Lo mismo aconteció en otros casos enjuiciados por nuestros tribunales, como, por ejemplo, en el visto por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca (auto de ejecución hipotecaria de 25 de mayo de 2010) en el que se confirmó su competencia para ejecutar un bien inmueble, aunque fuese la vivienda familiar del concursado. Igualmente sucedió en el Auto de la AP Barcelona (sección 17ª), 18 abril 2011; en el Auto de la AP Las Palmas (sección 5ª), 28 junio 2007 y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. En estos pronunciamientos se reconoce que es el Juzgado de lo Mercantil el que tiene capacidad para determinar

c) Casos en los que el propio deudor acepta la liquidación de la vivienda para comenzar una segunda oportunidad partiendo de cero

Una jueza exonera a un ovetense con dos hijos del pago de una deuda de 270.000 euros. El hombre, «ahogado» por mantener a su familia y pagar la hipoteca, «empezará una nueva vida» gracias a la Ley de Segunda Oportunidad²². Este es el titular de una noticia del diario digital *El Comercio*, el 13 de junio de 2020, noticia en la que se nos da cuenta de que la magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo ha aplicado la Ley de Segunda Oportunidad para exonerar a un ovetense de 47 años, con dos hijos, del pago de una deuda de 270.000 euros acumulados durante los últimos años con ocho acreedores, la mayoría entidades financieras, para poder mantener a su familia y hacer frente al pago de la hipoteca. Después de un proceso de divorcio, el hombre, funcionario de profesión, quedó al cargo de sus dos hijos, uno de ellos cursando estudios universitarios, «con los gastos que ello conlleva», señaló, y tuvo que pedir financiación «para poder sostener los gastos comunes del día a día». Sin embargo, poco a poco se fue enterrando en deudas hasta llegar a los 270.000 euros.

En el caso de este ovetense, el equipo de abogados le explicó que podía mantener su vivienda, siempre y cuando siguiese haciendo frente al pago de la hipoteca, de 180.000 euros, pero este prefirió, tal y como le recomendaron después, «limpiarse del todo para poder empezar de nuevo».

Asimismo, expuso el letrado de este proceso, este caso es solo «la punta del iceberg». «Durante el confinamiento nos han llamado pidiendo ayuda muchas más personas de lo que la gente pueda imaginar, recibimos hasta quince nuevas llamadas al día de personas que lo están pasando realmente mal, que en ocasiones hablan hasta de quitarse la vida».

No en vano, en países como Italia, la ley 3/2012, de 27 de enero, con disposiciones en materia de usura, extorsión, así como de composición de la crisis de sobreendeudamiento, fue bautizada por la prensa como la *Legge salva suicidi*, porque parece que el fenómeno del suicidio, a consecuencia de la asfixia por deudas, era habitual en la Italia del norte a consecuencia de la crisis financiera mundial de 2008. La

si el bien susceptible de subasta está afecto a la actividad productiva del concursado y en caso de no reconocer esta afección (que es lo que sucede cuando el bien es la vivienda del concursado) la ejecución hipotecaria prosigue en el Juzgado de Primera Instancia donde el acreedor la instó.

²² Vid. <https://www.elcomercio.es/oviedo/jueza-exonera-ovetense-con-dos-hijos-del-pago-deuda-270000-euros-20200613003325-ntvo.html> [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

ley de 2012 supuso una primera respuesta –no carente de problemas en su aplicación práctica –a la emergencia social desencadenada por esa crisis económica²³.

3. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES *CONTRA LEGEM* PERO EN INTERÉS DEL CONCURSO²⁴

Las primeras resoluciones judiciales que no incluyen la ejecución de la vivienda familiar en un procedimiento que desemboca en el denominado BEPI se remontan al año 2015 y suponen la primera aplicación de las medidas instauradas por la conocida Ley de Segunda Oportunidad de 2015.

En efecto, los Autos nº 138 y 139/2015, de 15 de abril de 2015, dictados por el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona, suponen una primera aplicación práctica por los Juzgados mercantiles del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de la segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que entró en vigor el 1 de marzo de 2015. Los autos conceden a los concursados el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras el pago de más del 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, al amparo de una previsión que ya fue introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Pero, además, y por primera vez en España, estas resoluciones permiten a un matrimonio de pensionistas continuar disfrutando de su vivienda, al hallarse al corriente de pago del contrato de préstamo hipotecario, al amparo de la opción regulada en el artículo 155.2 de la LC²⁵.

Esta decisión inaugura, indudablemente, un precedente muy significativo en este ámbito, aunque, en realidad, el mérito se debe también, a mi juicio, a algunas resoluciones anteriores a la denominada Ley de Segunda Oportunidad, de 2015. Quisiera referirme, en concreto, al Auto de 24 de abril de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (la ponente fue Córdoba Ardao), en el que se abre una rendija muy importante a una liquidación «ralentizada» o retardada en el tiempo que

²³ Sobre la denominada *Legge salva suicidi*, puede verse PACILEO, Piervincenzo, *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli Ed., Torino, 2018, pp. 49-81.

²⁴ Algunas de las ideas recogidas en este apartado fueron inicialmente reflejadas por la autora de este trabajo en «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de diversos ordenamientos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 755 (2016), pp. 1442-1480.

²⁵ Una magnífica síntesis y análisis de estas resoluciones judiciales podemos encontrarla en GRASA, David, REOLON, Luigi y NORIEGA, Mayra, «El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 36 (2015), pp. 449-468.

contempla la continuación del pago de la deuda hipotecaria, y, todo ello, no solo sin una cobertura legal expresa sino en un momento temporal en el que el legislador español no se había planteado ni siquiera la concesión de un beneficio de segunda oportunidad a las personas físicas. Y, por eso, se afirma en el Auto, «[...] no es de extrañar que la administración concursal plantee una propuesta de liquidación “imaginativa” que trate de buscar un justo equilibrio entre los intereses de los acreedores y de la propia concursada y no avocarla a una situación de extrema necesidad» (Fundamento Jurídico Primero).

Esta liquidación, etiquetada de “imaginativa” por plantearse al margen de la ley, excede del límite legal de un año, pero el juzgado la consideraba adecuada a los intereses del concurso porque entiende que de procederse a una liquidación apresurada [...] como pretende Catalunya Banc, se permitiría a los acreedores volver a iniciar o continuar las ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor, con lo cual, en poco tiempo, éste se vería obligado de nuevo a tener que pedir la reapertura del concurso. Forzar una liquidación precipitada solo llevaría a «mal vender la vivienda en subasta pública, obligar a la concursada a tener que abandonar su hogar para marcharse a otro de alquiler y no poder pagar al resto de acreedores, ni siquiera al propio acreedor privilegiado» (Fundamento Jurídico Segundo). Observemos, pues, que ya en 2013 algún juzgado era ya partidario de una liquidación «imaginativa» –fuera de la ley- que cristalizaba en la no ejecución inmediata de bienes como la vivienda familiar.

Volviendo a los Autos judiciales de 2015, se atreve el órgano judicial –a petición de la administración concursal y aun sin cobertura legal expresa- a buscar una solución al problema de la vivienda que abra las puertas a lo más parecido a una verdadera *segunda oportunidad* porque, tal vez para muchos deudores de nada servirá que se les exonere de la deuda hipotecaria pendiente que no se haya cubierto con la ejecución de la garantía, al amparo del apartado quinto del artículo 178 bis de la LC, si se les ha dejado sin la casa.

No hay que descuidar que el punto de partida de esta novedosa resolución es el de un matrimonio declarado en concurso que se encuentra al corriente de pago del préstamo hipotecario sobre su única vivienda en la que viven con dos de sus cinco hijos. Tras la apertura del procedimiento, la administración concursal comprueba que las cuotas, siendo de importe mensual muy razonable, pueden ser perfectamente asumibles con cargo a las pensiones de jubilación del matrimonio concursado, pensiones inembargables en las cuantías establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil. La administración concursal también se plantea el hecho de que en caso de realización de la vivienda, su valor habría sido claramente insuficiente para cubrir toda la deuda

pendiente. En este estado de cosas, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 10 acordó, a petición de la administración concursal, suspender de forma indefinida la venta o realización forzosa de la vivienda en el procedimiento. El resto de activo sí se liquidó y así se pudo satisfacer el 28 por ciento de los créditos ordinarios y todos los créditos contra la masa. Y, en estas circunstancias, el Juzgado resolvió que los concursados podían acceder al beneficio de exoneración del pasivo ordinario insatisfecho.

Es curiosa la interpretación que este órgano judicial realiza del artículo 178 bis de la LC en tanto en cuanto prescinde del requisito del pago de los acreedores privilegiados, junto con los créditos contra la masa y una parte de los ordinarios que sí se pudo satisfacer, para «abrir» la puerta del *fresh start* al deudor concursado. Sin necesidad de pagar al acreedor hipotecario y sin necesidad de ejecutar la hipoteca sobre la vivienda, el Juzgado suspende la liquidación de este activo y, no habiendo ejecución, no podrá haber exoneración de la deuda pendiente, tal como, *sensu contrario*, se colige del artículo 178 bis, quinto apartado. La parte de los créditos privilegiados que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada, de acuerdo con el artículo 178 bis de la LC, en su apartado quinto, segundo inciso (artículos 486-502 del nuevo TRLC de 2020).

Se trata de un *discharge* de la deuda hipotecaria pendiente que puede llegar a ser muy beneficioso para el concursado y que contrasta con el *discharge* hipotecario regulado en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los casos de ejecución hipotecaria fuera de concurso y que permite una exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución en cuantía diversa y tiempos distintos: la exoneración de la deuda pendiente afectará al 35 por ciento si el deudor logra satisfacer el 65 por ciento de la deuda en 5 años; será del 20 por ciento si el deudor abona el 80 por ciento de la deuda en 10 años. La norma del artículo 579 de la LEC ha sido criticada por ser considerada injusta en la medida en que el deudor sin recursos que no puede satisfacer tales porcentajes de deuda no podrá acceder a la exoneración y tendrá que satisfacer toda la deuda pendiente mientras que el deudor que llegue a mejor fortuna tras la ejecución hipotecaria y pueda pagar, por ejemplo, el 65 por ciento de la deuda en 5 años, se podrá beneficiar de la exoneración, a pesar de su aumento de capacidad económica y con independencia de su conducta a la hora de endeudarse²⁶. Contrasta este sistema – como señalábamos – con el beneficio que para el deudor concursado supone la exoneración de toda la deuda hipotecaria pendiente si se cumplen los requisitos de

²⁶ Vid. CUENA CASAS, Matilde, «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*». *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31 (2014), p. 158.

«deudor de buena fe» para obtener tal beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el artículo 178 bis de la LC.

La motivación que subyace en esta resolución judicial es que la realización forzosa de la vivienda supondría mayores perjuicios que beneficios para el «interés del concurso». Se ha señalado, respecto a esta resolución, que la venta de la vivienda habría hecho aflorar en el concurso un mayor crédito ordinario (por la deuda no satisfecha con el valor de realización de la vivienda), lo cual habría evitado que los deudores pudieran acceder al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho²⁷. No es tan claro que la venta de la vivienda incrementara tanto el crédito ordinario hasta el punto de no poder satisfacer un 25 por ciento que permita el acceso a la segunda oportunidad, porque existiendo otros activos, como sucede en este caso, será la venta de éstos la que permita pagar ese *minimum* establecido para el crédito ordinario. Y el resto de la deuda hipotecaria pendiente sería objeto del beneficio de exoneración una vez que se obtenga esta posibilidad.

Y, respecto al acreedor hipotecario, se ha constatado que el valor de realización no cubría la deuda pendiente y que la nueva situación de los deudores (sin vivienda y con riesgo de exclusión social) seguramente perjudicaría sus expectativas de cobro²⁸. Es obvio que al acreedor hipotecario no le favorece la ejecución de un bien que no cubre una parte importante de la deuda garantizada porque, en caso de acceso al beneficio de exoneración, el resto de deuda pendiente quedaría sin satisfacer.

La *ratio iuris* de la resolución podría radicar –aunque no se diga expresamente en el texto de los Autos consultados– en el ejercicio de la opción prevista en el artículo 155.2 de la LC de 2003 que prevé la satisfacción, con cargo a la masa, de los créditos privilegiados, en determinadas circunstancias y respecto a determinados bienes, entre los que, en mi modesta opinión, no se encuentra la vivienda familiar, sino los bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Y aquí es donde, desde mi punto de vista, reside el escollo de esta resolución judicial que, con buena intención, llega a un resultado que es el deseable *de lege ferenda* pero a través de un molde legal que no está previsto –de momento– para la casa del concursado.

La decisión adoptada en estas resoluciones judiciales del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona no satisface a algunos destacados especialistas en esta materia. Se ha dicho

²⁷ Vid. GRASA, REOLON y NORIEGA, *op. cit.*, p. 447.

²⁸ *Ibidem*, donde se cita alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH).

que la liquidación concursal supone la ejecución de todos los bienes y que solamente así se puede llegar a una segunda oportunidad que realmente beneficie al deudor concursado. Si el bien hipotecado no se liquida, no habrá segunda oportunidad para el deudor en relación a esa deuda –mientras que sí quedarán exonerados el resto de los acreedores– y el único beneficiado de ello será el acreedor a quien el deudor tendrá que seguir pagándole²⁹.

En realidad, excepciones a la liquidación en caso de bienes sujetos a privilegio especial las hay. El artículo 155.2) de la LC establecía que «[...] 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.»

El problema es que esas excepciones pudieran estar referidas exclusivamente a bienes afectos o necesarios para la actividad profesional o empresarial (en coherencia con lo prescrito por el art. 84.7 LC sobre créditos contra la masa) y, por tanto, no para la vivienda familiar de dos personas ya jubiladas. De este modo, el problema no es que la liquidación concursal lleve aparejada siempre la ejecución de bienes. No. Excepciones las hay, pero, según la LC, solo lo son las relativas a bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado³⁰.

Se hace, pues, imprescindible orquestar mecanismos que permitan conservar la vivienda familiar en el concurso y tras él porque la pérdida de la vivienda hipotecada del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de éste y la posibilidad de una «segunda oportunidad» sino que no beneficia, en la mayor parte de los casos, los intereses del concurso. Esta es la filosofía que inspira estas resoluciones judiciales,

²⁹ Así lo expone CUENA CASAS, Matilde, «La banca ya sabe cómo “escapar” del régimen de segunda oportunidad», 2015. Disponible en <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020]

³⁰ Como se verá en el apartado 5.2, la regulación se mantiene en el TRLC de 2020.

pero al no gozar de un claro respaldo normativo claman, en mi opinión, una reforma legislativa que permita la conservación de la vivienda familiar, porque, de lo contrario, también los acreedores hipotecarios quedarán perjudicados ya que, tras la ejecución que no satisfará seguramente una parte más o menos importante de la deuda, asistirán de modo obligado, si se abre el *fresh start*, a la remisión de todo lo pendiente que no se haya podido satisfacer con la ejecución. Y al deudor seguramente le beneficia más seguir manteniendo la vivienda que es su hogar y seguir pagando la deuda hipotecaria al verse exonerado del resto. Es cierto que si la vivienda se ejecutase, y quedase deuda pendiente, ésta quedaría exonerada, pero tendría que hacer frente o a un nuevo alquiler o a una nueva hipoteca y las condiciones podrían resultar todavía más gravosas.

De otro lado, el resto de acreedores podrían verse perjudicados por la exoneración si la masa activa del concurso hubiera tenido bienes suficientes para hacer frente a sus deudas pero si solamente la vivienda familiar hipotecada conforma la masa del concurso, al resto de acreedores (no hipotecarios) les resultará indiferente la exoneración porque difícilmente iban a cobrar, salvo que el valor de la garantía fuera muy inferior al de la vivienda y, tras la ejecución de ésta, hubiere remanente suficiente, cosa que no será altamente frecuente en la realidad social contemporánea.

4. ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECIENTES SOBRE VIVIENDA Y LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Estos primeros -y significativos- autos judiciales de 2015 son seguidos por otras resoluciones, casi todas ellas emanadas de la AP de Barcelona a lo largo de 2018 y 2019. Haremos un análisis de las consideradas más relevantes:

En el Auto de la AP de Barcelona 72/2018, de 20 de junio de 2018, se parte de un plan de liquidación de la masa activa del concurso en el que se propone la exclusión de la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, por encontrarse los deudores en el umbral de exclusión social, conforme al RDL 6/2012, de 9 de marzo, de protección de los deudores hipotecarios sin recursos. En el propio plan de liquidación se indica que el valor de ese inmueble es inferior a la primera carga hipotecaria que pesa sobre el mismo (Fundamento de Derecho Primero). Según el inventario de la masa activa, la vivienda tiene un valor de mercado de 211.255 euros y, según el informe de la administración concursal, pesan varias hipotecas sobre la finca a favor de Bankia por importe, en total, de más de 500.000 euros.

El administrador concursal pone, también, de manifiesto la intención de rehabilitar el contrato y hacer frente, con cargo a la masa, de las cuotas vencidas hasta la fecha, así

como de las que pudieran vencer en lo sucesivo. El mismo administrador entiende que las expectativas de realización de la vivienda en el concurso permiten considerar que no se cubrirá el crédito con privilegio especial, ya que normalmente los inmuebles se venden con una merma de un 20 ó 30 por ciento respecto del valor tasado y que ello no serviría para cubrir la carga hipotecaria que pesa sobre la vivienda.

Finalmente, el administrador defiende que en el marco de un concurso consecutivo de una persona física es posible evitar la realización de un bien sujeto a privilegio especial haciendo frente, con cargo a la masa, a los créditos pendientes de pago y a los que pudieran vencer a lo largo del concurso, al amparo del artículo 155.2 LC. Ya hemos indicado anteriormente, con ocasión de la exposición de los Autos de 2015 que, desde nuestro humilde criterio, el artículo 155 no permite llegar a esta conclusión. Hemos de volver sobre ello en el siguiente epígrafe de este estudio.

La AP de Barcelona estima parcialmente el recurso interpuesto por Bankia, acreedor hipotecario, acordando incluir tanto en la masa activa como en el plan de liquidación la vivienda habitual de la concursada, pero insta al administrador concursal a que redacte, de nuevo, el plan de liquidación realizando la comprobación del valor del bien y del valor de la deuda para ver si procede aplicar el artículo 155.2 y, en su defecto, se valore el reconocimiento a la concursada del régimen de protección de deudores en riesgo de exclusión social o socialmente vulnerables.

Este Auto de la Audiencia de Barcelona presenta, a mi juicio, una enorme trascendencia por invitar a reflexionar sobre cuestiones como la de la armonización de la liquidación concursal de la vivienda principal con toda la normativa de protección de los deudores hipotecarios sin recursos y, en concreto, con el Real Decreto Ley 6/2012, el Real Decreto Ley 27/2012, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En el Fundamento Jurídico Sexto, y bajo el título de «Sobre la incidencia en el concurso de las normas de protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social», el ponente, José María Fernández Seijo, enuncia una premisa insoslayable: la legislación reguladora de la exoneración del pasivo insatisfecho y de la segunda oportunidad de las personas físicas no establecen ninguna norma de armonización y concordancia entre la protección de los deudores hipotecarios y el régimen de insolvencia de personas físicas. En realidad, no es una cuestión específica del BEPI que deba regularse en esta fase, o solo en esta fase. La ejecución -o no- de una vivienda hipotecada perteneciente a un deudor (sin recursos) inmerso, además, en un procedimiento concursal no cuenta, dentro de la legislación concursal, con un tratamiento específico.

A pesar de esta ausencia de armonización, parece que la normativa de protección del deudor hipotecario vulnerable podrá invocarse en el concurso cuando se haya de proceder a la realización del bien hipotecado. Para ello será necesario que, tras el reconocimiento extraconcursal de la situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social del deudor hipotecario, en el procedimiento concursal se establezcan las medidas adecuadas para hacer efectivo ese reconocimiento en el concurso. Y si ese reconocimiento no se ha realizado antes y fuera del concurso, deberá realizarse, según esta resolución judicial, dentro del concurso, «impulsada por el deudor o por el administrador concursal, en caso de que el deudor tenga suspendidas sus facultades patrimoniales por haberse abierto la liquidación (art. 145 LC)» (Fundamento Jurídico Sexto).

El encaje de este reconocimiento dentro del concurso plantea, no obstante, muchas dudas porque es necesario garantizar la participación de todos los sujetos afectados en la medida en que supone una reestructuración de la relación obligatoria que une al prestamista con el prestatario. Volveremos sobre esta importante cuestión en el epígrafe siguiente, al abordar algunas piezas clave de lo que podríamos denominar una «construcción judicial» de la exclusión de la vivienda en el plan de liquidación concursal.

Algo más tímido que el pronunciamiento del Auto de la AP de Barcelona 72/2018, que acabamos de examinar, resulta, a mi modo de ver, el de los Autos nº 131/2018, de 16 de octubre, y nº 153/2018, de 15 de noviembre, del mismo órgano jurisdiccional. Los ponentes son diferentes y tal vez ello pueda repercutir -aunque no solo- en la consideración, más o menos categórica, de la exclusión de la vivienda en el plan de liquidación concursal. En el de 16 de octubre de 2018, el ponente (Ribelles Arellano) afirma, en el Fundamento Jurídico Segundo, que «en principio no puede excluirse la vivienda habitual de la liquidación. Ello no obstante (sic), aunque no se haya suscitado en el recurso, no es descartable que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario [...] Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta. Caixabank no se ha opuesto al recurso y seguramente estará interesado en que se mantenga vigente el crédito. La realización forzosa, por otro lado, tampoco beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable es descartar la enajenación».

También en el Auto de 15 de noviembre de 2018 se acuerda incluir en el plan de liquidación la vivienda que la administración concursal había ordenado excluir. No obstante, se hacen una serie de previsiones (en la Parte Dispositiva del Auto cuyo ponente es Rodríguez Vega) para que en el caso de que se cumplan todas ellas, la vivienda continúe en el patrimonio del deudor. Estas previsiones son las tres siguientes: el precio de realización del inmueble sea inferior a una determinada cantidad, el deudor siga al corriente del pago de las deudas que gravan el inmueble y, antes de concluir el concurso, el deudor no haya dejado de atender a más de tres cuotas del préstamo. Es destacable, en esta resolución, el dato fáctico del impago de las tres cuotas como un elemento determinante de la inclusión de la vivienda en un plan de liquidación concursal. Es inevitable preguntarse por qué tres cuotas y no dos o cinco. No se justifica el porqué de esa decisión y, simplemente, el ponente hace referencia a un anterior pronunciamiento suyo en el auto 82/2018, de 28 de junio, en el que se establecía que «... impagadas más de tres cuotas del préstamo, a instancias del acreedor, en el concurso, la finca ha de venderse en su totalidad sea mediante venta directa o subasta».

En un sentido similar otros dos autos, de 2019, también de la AP de Barcelona acuerdan la inclusión de la vivienda en el plan de liquidación, aunque con previsiones similares a las vistas anteriormente para el supuesto de que si concurren determinadas circunstancias, la vivienda no se liquide. Se trata de los Autos de 29 de marzo y de 9 de mayo de 2019 (números 584/2019 y 844/2019, respectivamente) cuyo ponente es Fernández Seijo y cuyo valor sobreañadido reside, en mi opinión, en recordarnos que los gastos de vivienda forman parte de los gastos alimenticios necesarios para el sostenimiento del deudor (y de algunos miembros de su familia). Así, por ejemplo, en el de 29 de marzo, se hace referencia, en su Fundamento Jurídico Tercero, a los reducidos ingresos de la unidad familiar y a las *dificultades que tendrían para encontrar una vivienda en alquiler* (la cursiva es mía).

Y en el Auto de 9 de mayo de 2019 se refleja el dato (Fundamento Jurídico Segundo) de que la concursada, al solicitar alimentos, incluyó la cuota de 523 euros (referida al pago del préstamo hipotecario), cantidad que fue incluida dentro de los alimentos reconocidos a la concursada. El propio Juzgado, señala este Auto de la Audiencia de Barcelona, incluyó, «dentro de un concepto amplio de alimentos, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario ...» (Fundamento Jurídico Quinto). En realidad, los gastos de vivienda (sea el de las cuotas de préstamos hipotecario, sea el del alquiler) entran dentro del concepto de alimentos, sin necesidad –a mi juicio– de acudir a un «concepto amplio» de alimentos, como expresa este último Auto. En consecuencia, no hay que desdeñar la repercusión que para el concurso –y para todos los acreedores, por tanto–,

puede desencadenar el hecho de que sea la masa la que tenga que soportar los gastos de vivienda del deudor que ha perdido su vivienda hipotecada.

El denominador común de las resoluciones recogidas en este apartado es la ausencia de datos ciertos sobre el valor de realización del bien, porque no ha llegado a producirse tal evento o porque los importes de las correspondientes tasaciones no ofrecen seguridad a los órganos jurisdiccionales a la hora de compararlo con el valor de la garantía o garantías hipotecarias. De este modo, la AP de Barcelona se limita a abrir una rendija a la no liquidación de la vivienda en caso de que se cumplan determinados requisitos, lo cual exige rehacer el plan de liquidación para ofrecer una certeza que permita autorizar tal exclusión y que iría contra el principio de universalidad de la masa activa concursal que establece el artículo 76 de la LC.

A continuación, desgranaremos algunas de las piezas clave que llevan a los órganos judiciales a tomar esas decisiones, así como reflexionaremos sobre algunos elementos que permitan establecer una cobertura legal que introduzca una seguridad jurídica de la que, ahora mismo, adolece la aplicación práctica.

5. CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA VIVIENDA HIPOTECADA EN EL PLAN DE LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO DEL DEUDOR HIPOTECARIO

5.1. *Ingredientes comunes*

Los jueces partidarios de excluir a la vivienda de la liquidación parten de la idea de que este bien, como el resto de los embargables del deudor, se incluye en el inventario de la masa activa del concurso en virtud del principio de universalidad del artículo 76 LC. No puede, pues, excluirse *a priori* de la masa activa del concursal susceptible de ser liquidada. *A posteriori*, pues, podría excluirse del plan de liquidación cuando se cumplen ciertos requisitos que recordaremos a continuación. E, incluso, entiendo que, tras la reciente refundición -y modificación- de la legislación concursal en España, podría excluirse tras la aprobación de un cierto plan de liquidación. En efecto, la modificación del plan de liquidación es una novedad introducida por el artículo 420 del TRLC de 2020, de modo tal que un bien inicialmente incluido podría resultar excluido, a petición de la administración concursal, si se dieran determinadas condiciones para la exclusión.

Los requisitos que a través de la aplicación e interpretación judicial se consideran necesarios para poder practicar la exclusión de la que venimos hablando son, tras una labor de disección de las principales resoluciones, los siguientes:

a) La vivienda ha de ser la principal o habitual del deudor, es decir, aquella donde resida bien solo, bien con su familia. Este presupuesto parece obvio cuando de lo que se trata es de excluir de embargo un bien que legalmente es embargable. Curiosa resulta, por tanto, alguna resolución judicial en nuestro país que extiende la exclusión a una vivienda que se encuentra alquilada por un tercero que no es el deudor sobreendeudado y que, por tanto, es una segunda o tercera residencia³¹. No llega a comprenderse bien el porqué de una resolución de esta naturaleza porque si de lo que se trata es de proteger al inquilino los instrumentos legales habrá que buscarlos en la correspondiente legislación de protección de arrendatarios vulnerables o en situación crítica, pero no en ampliar el espectro de una excepción que, además, carece de amparo normativo.

b) El deudor ha de encontrarse al corriente en el pago de la deuda hipotecaria. En líneas generales, hemos visto que los tribunales consideran que esta situación no se da cuando se ha dejado de pagar tres cuotas de la deuda hipotecaria. Lo cierto es que tratándose de una cuestión tan excepcional que, además, no encuentra cobertura expresa en la norma, lo razonable sería que esa condición «in bonis» del deudor en el pago de la deuda hipotecaria tuviera una continuidad a lo largo de la vida de la obligación, de modo que el incumplimiento de una sola cuota debería ser causa suficiente para no poder excluir la vivienda de la liquidación concursal.

c) El importe de la deuda garantizada ha de ser superior al valor del bien. La comparación de estos dos importes o cuantías es la clave de bóveda del sistema. Y no siempre será fácil obtener una información precisa al respecto. En realidad, el elemento de comparación no es tanto el valor del bien (vivienda) como el valor de realización de este en un momento determinado y en una situación concreta del mercado inmobiliario. El otro elemento de comparación –el importe de la deuda garantizada o el de las responsabilidades hipotecarias garantizadas– es, por el contrario, fácilmente determinable porque la propia normativa concursal obliga a fijar la cuantía de ese crédito garantizado. Cuando el importe de la deuda es mayor que el del valor del bien, los jueces consideran que no hay beneficio para el acreedor hipotecario porque no quedaría su deuda cubierta con la ejecución de la vivienda (y la parte insatisfecha resultaría exonerada en un hipotético procedimiento de «segunda oportunidad» o BEPI) y que el perjuicio para el deudor sería inmenso por la pérdida de su vivienda. De otro lado, el resto de los acreedores no se verían beneficiados, en este caso, por la liquidación de la vivienda porque no habría sobrante que ingresase en la

³¹ Así lo pudimos ver en un caso reflejado por el precitado diario digital *La Voz de Asturias*, el 18.01.2020.

masa concursal y, así, no podrían participar en el cobro. Se trata de una razón que se ha venido a denominar como «utilitarista» y que, unida al coste de acceso a la vivienda en régimen de alquiler, hace que se considere razonable la exclusión de la realización de la vivienda habitual hipotecada³².

d) ¿Es necesario el acuerdo o el consentimiento del acreedor para que se pueda llevar a cabo esta exclusión, en la interpretación judicial de las reglas del juego? Parece que sí, al menos *a priori*, y así ha sido propuesto para el futuro por alguna comisión académica de trabajo en fechas recientes³³. Con todo, a nadie se le escapa que si el consentimiento del acreedor es un elemento necesario para que el juez retire la vivienda del plan de liquidación, nos podemos encontrar con un importante escollo en la aplicación del criterio judicial que estamos exponiendo. Lo cierto es que si al acreedor no le produce ningún perjuicio la no ejecución de la vivienda hipotecada y el deudor va a seguir pagando sus cuotas, no habría motivos de peso para erigir el consentimiento o conformidad del acreedor en elemento clave del sistema. Es más, si la rehabilitación de un contrato está prevista y regulada como una facultad del deudor que puede imponerse al acreedor siempre que no haya reclamado con anterioridad al deudor por el impago (art. 166 del TRLC de 2020), no habría razones para no imponer al acreedor una solución que no le perjudica y que ni siquiera supone rehabilitar un crédito, sino conservarlo o mantenerlo en las condiciones originalmente pactadas.

En fin, todos estos requisitos operan para el juez -a falta de una previsión legal expresa- como los ingredientes necesarios para autorizar la no ejecución de un bien embargable como lo es, en España, la vivienda familiar. Además de estos requisitos, algunas de las resoluciones judiciales anteriormente reseñadas consideran que un crédito hipotecario, en su condición de privilegio general, puede satisfacerse con bienes de la masa, encontrando, así, una cobertura adicional para justificar la no ejecución. Veámoslo a continuación.

5.2. *El pago de los privilegios especiales con bienes de la masa*

La LC de 2003 distingue entre bienes afectos y no afectos a la actividad comercial o empresarial del deudor, de modo tal que solo se suspende la ejecución de las garantías reales sobre los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del

³² Así lo aprecia FIDE, Gabinete de crisis en materia civil y mercantil, en su informe de 18 de junio de 2020, titulado «Propuestas sobre el mecanismo de segunda oportunidad», (p. 11), https://www.fidefundacion.es/Propuestas-Fide-sobre-el-mecanismo-de-segunda-oportunidad_a1388.html [Consulta: 30 de diciembre de 2020].

³³ De nuevo, puede verse FIDE, en la página web citada, p. 12.

deudor y esta paralización no afecta, por tanto, a la vivienda familiar (art. 56.1 de la LC, ahora art. 145 del nuevo TRLC). Este punto de partida parece claro, con los correspondientes problemas de interpretación de lo que puede ser o no esencial para el desarrollo de la actividad económica (determinación que queda en manos del juez), aunque lo que resulta obvio es que una vivienda no es esencial a esos efectos salvo que sea la vivienda –o mejor, dicho, la parte de ella– en la que un trabajador autónomo desarrolle su actividad.

Y para evitar –o mejor, para sortear, la aplicación de las consecuencias de la ejecución de la vivienda que se desprenden de la normativa en vigor– algunos jueces invocan dos preceptos, como ya hemos visto, el 155.2 y el 84.7 de la LC de 2003 (nuevo art. 242.10 del TRLC de 2020) que permiten satisfacer ciertos créditos garantizados, en su condición de privilegios especiales, con cargo a la masa del concurso. Pero, a mi juicio, y como ya he anticipado, el artículo 155 LC no da cobertura al pago con cargo a la masa de todo tipo de créditos con garantía real, y solo lo permitiría para los acreedores privilegiados respecto a bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica del deudor, precisamente, para evitar la ejecución de estos bienes y «garantizar» que sus créditos seguirán siendo satisfechos. Esta solo puede ser, a mi juicio, la interpretación del artículo 155 en concordancia con el artículo 84.7 LC, según el cual se considerarán créditos contra la masa los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes afectos, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado. *Sensu contrario*, no podrán considerarse créditos contra la masa los de pagos de privilegios especiales sobre bienes no afectos que, salvo que tengan el carácter legal de inembargable, serán susceptibles de ser realizados.

Cuestión diferente es que *de lege ferenda*, como ya se ha hecho, se proponga una norma de la satisfacción de todos los privilegios especiales con bienes de la masa. «Respecto de los **acreedores con privilegio especial**, el cumplimiento durante el concurso de las obligaciones vinculadas al privilegio con cargo a la masa debería ser la regla general», apunta algún estudioso y especialista práctico en la materia, no estando prevista ahora mismo para todos los acreedores³⁴.

³⁴ *Vid.* la interesante propuesta de cambios de FERNÁNDEZ SEIJO, José María, en «Dopaminas y Derecho Concursal». Disponible en el Blog Hay Derecho (13 de noviembre de 2020), <https://hayderecho.expansion.com/2020/11/13/dopaminas-y-derecho-concursal/> [Consulta: 30 de diciembre de 2020].

5.3. *Los gastos de vivienda como alimentos del deudor en concurso*

Como se sabe, en el procedimiento concursal se regula un derecho de alimentos (art. 47 LC 2003, arts. 123-124 del nuevo TRLC de 2020), incluso en un escenario de liquidación (art. 145.2 LC 2003 y art. 413 del nuevo TRLC), cuando sea imprescindible para la atención de las necesidades mínimas del concursado y de su familia más directa (cónyuge, pareja, descendientes bajo potestad). Y, naturalmente, dentro del término «alimentos» habrá que destinar una partida a proporcionar, en su caso, «techo» al deudor y a su familia en la medida en que «alimentos» también comprende todo lo que es indispensable para, entre otras cosas, «la habitación», *ex art. 142, primer inciso, del Código Civil.*

Igualmente, dentro del elenco de bienes inembargables, regulado en el art. 606.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentra lo necesario para la subsistencia del deudor y, por tanto, también los gastos imprescindibles para poder «habitar» una casa. Si la vivienda se ejecuta, habrá que detraer de la masa bienes para pagar un techo al deudor y, siendo así, todos (también los acreedores) pierden evidentemente.

Hemos reflejado, anteriormente, dos Autos, de 29 de marzo y de 9 de mayo de 2019, en los que se nos recuerda una idea esencial con importantes repercusiones en el concurso para todos los sujetos afectados: los gastos de vivienda forman parte de los gastos alimenticios necesarios para el sostenimiento del deudor (y de algunos miembros de su familia). En el de 9 de mayo de 2019 se refleja el dato de que la concursada, al solicitar alimentos, incluyó la cuota de 523 euros (referida al pago del préstamo hipotecario), cantidad que fue incluida dentro de los alimentos reconocidos a la concursada. En realidad, los gastos de vivienda (sea el de las cuotas del préstamo hipotecario, sea el del alquiler) entran dentro del concepto de alimentos. En consecuencia, no hay que desdeñar la repercusión que para el concurso –y para todos los acreedores, por tanto-, puede desencadenar el hecho de que sea la masa la que tenga que soportar los gastos de vivienda del deudor que ha perdido su vivienda hipotecada.

Si a ello unimos, además, el dato de que España tiene menos de un 2 por ciento de alquileres sociales frente a países como Alemania u Holanda que tienen más de un 20 por ciento, nos encontramos con un panorama en el que, a falta de soporte público para garantizar la vivienda a todos los españoles, tendrá que ser, en muchos casos, el

propio concurso y el conjunto de acreedores los que soporten esta carga³⁵. Es evidente que ello tiene que conducir a un sistema que permita al deudor, que puede seguir pagando su hipoteca, mantenerla viva, porque, de lo contrario, el elevado precio de los alquileres, el escaso número de alquileres sociales y las difíciles condiciones de acceso al mercado crediticio hacen que tengan que ser los acreedores los que soporten el coste de privar a los deudores de sus viviendas.

5. 4. *Deudores hipotecarios sin recursos en el concurso de acreedores: necesidad de armonizar legislaciones*³⁶

Hemos visto, en algunas de las resoluciones judiciales anteriormente citadas, que el concursado invoca normativa relativa a la protección de deudores hipotecarios sin recursos o en situación de exclusión social. Y hemos también destacado la ausencia de normas que coordinen la aplicación de esta normativa especial con la propia de concurso de acreedores. Analizaremos algunos aspectos relevantes de estas normas y su posible implementación en el proceso concursal.

El primer peldaño normativo en esta materia lo constituye el RD-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios [...] al desencadenar una suerte de limitación de responsabilidad del deudor cuando el precio obtenido con la ejecución de la vivienda habitual no baste para satisfacer todo el crédito hipotecario. Esta limitación de responsabilidad, beneficiosa para el deudor hipotecario, consiste en elevar el umbral de inembargabilidad de los ingresos mínimos familiares (en determinados casos de ingresos ya muy reducidos) cuando el precio obtenido en la ejecución de la vivienda no es suficiente para satisfacer la totalidad del crédito (art. 1

³⁵ Los datos sobre alquiler social de viviendas aquí reflejados pueden verse en https://www.infolibre.es/noticias/economia/2020/09/25/abalos_retrata_ruina_del_alquiler_social_espana_solo_de_las_viviendas_frente_holanda_de_franca_111348_1011.html [Consulta: 12 de diciembre de 2020].

³⁶ El objetivo de un apartado como este no es el de abordar de modo exhaustivo toda la problemática derivada de la protección de los deudores hipotecarios sin recursos o en situación de vulnerabilidad. Para un estudio completo sobre esta materia, puede verse MUNAR BERNAT, Pedro «La modificación del Código de Buenas Prácticas», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 225-244; así como la obra colectiva *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Coords, ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio y MARTOS CALABRÚS, Angustias; Dir. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro), Comares, Granada, 2014; y los artículos de JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733 (2012), pp. 2773-3055, o de NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, nº I (2014), pp. 69-89. En este trabajo nos referiremos, exclusivamente, pues, a aquellas cuestiones de la materia que inciden en el ámbito específico de este estudio.

RD-Ley-2011)³⁷. Esta medida, aplicada en el marco de un procedimiento concursal, tiene diversos inconvenientes fácilmente apreciables. Los más destacables son, en mi opinión, que la vivienda se ejecuta y el deudor la pierde y, de otro lado, cuanto mayor sea la cuantía o umbral de bienes inembargables más bienes de la masa habrá que detraer (para sostener al deudor y a su familia) y más perjuicio se causará a los acreedores. La ejecución de la vivienda familiar tiene como contrapartida un incremento de lo inembargable que puede traducirse en una reducción de la masa activa, perjudicial para todos los acreedores, incluido el hipotecario cuando el valor del bien ejecutado sea inferior al valor del crédito.

Un segundo hito normativo en este ámbito lo marca el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, introduciendo el denominado «Código de Buenas Prácticas». Este Código incluye, según indica la Exposición de Motivos de la norma, tres fases de actuación (que han de ser necesariamente consecutivas). La primera está dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, medida no aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución una vez que se haya producido el anuncio de la subasta. La segunda, y de no resultar factible lo anterior, consiste en el ofrecimiento al deudor de una quita sobre el conjunto de la deuda. «Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible»³⁸.

Sobre esta normativa instauradora del Código de Buenas Prácticas, la Ley 1/2013 introduce una novedad realmente significativa, consistente en que ya no solo el acreedor, sino también el deudor puede proponer un plan de reestructuración de la

³⁷ La medida introducida por esta normativa de 2011 ha sido aplaudida por alguna doctrina, al considerar que si bien no supone una liberación de la deuda sí constituye una importante ampliación de la inembargabilidad de bienes (como excepción al principio de responsabilidad universal) y es una vía simple y poco costosa, posiblemente más eficaz que el sistema instaurado en el artículo 178 bis LC. Así lo entiende CARRASCO PERERA, Ángel, «El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº3/2015, p. 3. También apoya este criterio SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 138.

³⁸ Especialmente crítica –con argumentos razonados y razonables– con la opción de la dación en pago forzosa para el acreedor se manifiesta CUENA CASAS, Matilde, «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas», *El Notario del Siglo XXI*, nº 43, mayo-junio, 2012.

deuda. Es importante que no solo el acreedor, sino también el deudor, que es quien mejor conoce su situación patrimonial, pueda proponer el plan que mejor se acomode a sus circunstancias.

Pero sea el acreedor, sea el deudor hipotecario insolvente quien proponga el plan de reestructuración, deberán hacerlo en un momento previo a la publicación del anuncio de la subasta y, por tanto, antes de que se inicie el plan de liquidación concursal (en aquellos casos en los que ya se haya declarado el concurso).

El Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismos de segunda oportunidad añade, dentro de los supuestos de especial vulnerabilidad que regula el precitado Código de Buenas Prácticas, a las personas mayores de 60 años e incrementa los precios máximos de las viviendas que pueden acogerse a las medidas de ese Código, ampliando así el espectro de personas afectadas que pueden acogerse a esas medidas³⁹. Resulta cuando menos curioso, desde mi humilde punto de vista, que a través de unas normas –las de 2015- instauradoras de la «segunda oportunidad» para personas físicas, se introduzcan medidas tendentes a evitar, precisamente, el presupuesto del que parte la segunda oportunidad, que es el de la conclusión del concurso por liquidación de todo el patrimonio del deudor, incluida la vivienda.

Y un último eslabón de la cadena, hasta el momento, parece representarlo el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. En concreto, su artículo 7 establece medidas extraordinarias conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual. Igualmente, el artículo 8 dispone el ámbito de aplicación de dicha moratoria, estableciendo que se aplicará cuando concurren en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, para entender qué situaciones derivadas o provocadas por la pandemia se encuentran dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica⁴⁰.

La clave será, pues, la de encontrar los vehículos adecuados para trasladar al procedimiento concursal el previo reconocimiento de esa situación de vulnerabilidad y el consiguiente plan de reestructuración de la deuda, moratoria, quita o dación que

³⁹ Sobre la modificación de este Código de Buenas Prácticas Bancarias, puede verse MUNAR BERNAT, Pedro, *op. cit.*, p. 230 y ss.

⁴⁰ No cabe duda de que en este complejo panorama legislativo, e inmersos en un contexto socioeconómico tan delicado, va a ser fundamental la labor que ya se está desarrollando desde las diferentes instituciones que llevan a cabo la denominada intermediación hipotecaria. Sobre la mediación hipotecaria en España, puede verse VALLS RIUS, Anna, «La mediación e intermediación hipotecaria en España: negociando una respuesta eficiente», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 253-277.

dará lugar a una novación del contrato⁴¹. Pero, además, puede suceder que ese reconocimiento no se haya hecho con carácter previo al concurso y que, por tanto, haya que plantearse si dentro del propio marco concursal existen resortes, como el del incidente concursal o similares, para hacer viable ese reconocimiento.

Lo que parece claro es que el ámbito de operabilidad de las normas especiales de protección del deudor hipotecario sin recursos o en situación de exclusión social es más propia del precurso⁴² o de un concurso en fase de convenio que de un concurso en fase de liquidación, porque abierta la liquidación no es fácil encontrar, ahora mismo, cobertura legal expresa que permita excluir de la ejecución la vivienda hipotecada. Interesa, por tanto, evitar la declaración de un concurso consecutivo porque, si así fuera, se abriría directamente en la fase de liquidación, tal como establecía el artículo 242 bis 10º LC-2003, ahora artículos 706 y 708 del TRLC-2020.

En términos generales, y prescindiendo, incluso, del carácter vulnerable o no del deudor hipotecario, resulta bastante evidente que lo más beneficioso para todos (deudor hipotecario, acreedor hipotecante, resto de acreedores si existieran) es evitar la declaración de concurso, porque los efectos de la declaración de concurso desencadenan la formación de las correspondientes masas; y de la masa activa se detraerá todo lo necesario para la vivienda (sea para amortización de las cuotas hipotecarias, o sea para el pago del correspondiente alquiler en caso, por ejemplo, de que el deudor hipotecario que ha entregado la vivienda en dación en pago siga viviendo ahí durante los dos años posteriores). Detraer de la ya maltrecha –o casi inexistente en algunos casos– masa activa del concursado lo necesario para alimentar al deudor supone que los acreedores (incluido el hipotecante) perderán toda expectativa de cobro. ¿Y cuál es el beneficio para el deudor hipotecario? No se aprecia, porque el beneficio de segunda oportunidad supone liquidarlo todo, perdiendo, así, también la vivienda.

6. LA REHABILITACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO Y EL MANTENIMIENTO DEL PROGRAMA DE LA OBLIGACIÓN ORIGINARIA

Uno de los precitados Autos judiciales de la AP de Barcelona, el de 20 de junio de 2018, se refería expresamente a la posibilidad de rehabilitación del contrato de crédito hipotecario. La rehabilitación de contratos de financiación o créditos o préstamos era

⁴¹ Sobre la novación del contrato preexistente en estos casos, *vid.* MUNAR BERNAT, Pedro, *op. cit.*, p. 237.

⁴² A una fase preconcursal obligatoria y extrajudicial para que acreedor hipotecario y deudor puedan negociar y llegar a un acuerdo se refiere SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, *op. cit.*, p. 154.

ya una opción prevista en la LC de 2003, en el artículo 68, posibilidad que mantiene, con retoques parciales, el nuevo TRLC de 2020. Tras la entrada en vigor del nuevo TRLC, el artículo 166, bajo el título de «rehabilitación de contratos de financiación», prevé que la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar, a favor de este, determinados contratos cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso.

La rehabilitación de contratos solamente podrá darse, pues, en este caso muy concreto, de vencimiento anticipado por impago de cuotas en un período muy cercano al de la declaración de concurso. La ventaja de este instituto es que puede realizarse sin necesidad de acuerdo del acreedor, salvo el caso en que el acreedor se oponga por haber iniciado antes del concurso el ejercicio de acciones de reclamación del pago de las cantidades debidas.

Tiene, pues, la rehabilitación un espectro muy limitado, aunque cuente con la indudable ventaja de que desencadena, como efecto, aparte de la satisfacción o consignación de las cantidades debidas, el de la «asunción de los pagos futuros con cargo a la masa» (art. 166.2. *in fine*). En consecuencia, una vez obtenida la rehabilitación del contrato (pero solo en este caso) sería la masa concursal la que soportaría la continuación de los pagos futuros, lo cual garantizaría durante un tiempo - mayor o menor- la conservación del bien garantizado, es decir, la vivienda habitual, en el caso que analizamos en este estudio. Esta «asunción de los pagos futuros con cargo a la masa» finalizaría, evidentemente, si el concurso terminara en liquidación de todos los bienes que será lo natural –como hemos apuntado- cuando de concurso de una persona física se trata.

Y ahí se encuentra el principal tropiezo con el que se encuentra el propietario de una vivienda familiar hipotecada que, pudiendo seguir pagando las cuotas de su préstamo, tiene que dejar de hacerlo y perder su vivienda cuando se inicia la fase de liquidación concursal.

La duración y vida del contrato podría seguir su curso, si el deudor pudiera y quisiera mantener el programa de la obligación, porque los efectos del concurso sobre los contratos no suponen la finalización *ipso iure* de los mismos (se trata del «principio general de vigencia de los contratos», establecido en el frontispicio del art. 156 del TRLC 2020). Y cuando por interés del concurso conviene o es necesaria su finalización así se haría a través de una resolución judicial (art. 165 TRLC, precepto poco preciso, a nuestro entender, respecto a los diversos tipos de ineficacia contractual), pero la

resolución judicial no es un efecto automático del concurso. El problema aparecería, como acabamos de anunciar, cuando se tenga que abrir la fase de liquidación que será lo habitual en el caso de persona física y la legislación española, al menos en el momento presente, no permite excluir de aquella un bien como la vivienda.

7. LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS DEUDAS DEL CONSUMIDOR EN ITALIA Y LA EXCEPCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA PRINCIPAL EN EL NOVÍSIMO *CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELLA INSOLVENZA*

7.1. *El escenario antes del Codice della Crisi d'Impresa e della Insolvenza*

Diversa es la situación en algunos ordenamientos cercanos, como el italiano, donde, de momento y a la espera de que entre en vigor el nuevo *Codice della crisi d'impresa e della insolvenza* (CCII, en adelante), no se permite excepcionar el crédito hipotecario de las reglas de gestión del sobreendeudamiento de los consumidores⁴³. Bajo el paraguas de la Ley 3/2012 (la conocida como *legge salva suicidi*), a la espera de la entrada en vigor del citado *Codice*, y no existiendo una norma expresa sobre la posibilidad de seguir satisfaciendo un crédito hipotecario sobre la vivienda principal según el programa originario del contrato⁴⁴, la jurisprudencia se mostraba absolutamente dividida, si bien la tendencia predominante parece ser, en el momento actual, la favorable a permitir continuar pagando esa deuda sin alterar los plazos originariamente acordados por las partes⁴⁵. Los tribunales que entendían que no era posible extender el plan de pagos de ese crédito más allá de cinco o seis años (como en el *concordato preventivo*, nuestro convenio) fundamentaban sus criterios en los siguientes argumentos: de un lado, los acreedores no podían expresar su acuerdo porque este plan de pagos (en el denominado *piano del consumatore* de la Ley de 2012) se aprobaba sin el consenso de los acreedores y se consideraba ilegítimo imponerles una

⁴³ El CCII se promulgó a través del Decreto legislativo 14/2019, de 12 de enero. Su entrada en vigor estaba prevista para el 15 de agosto de 2020, pero a causa de la crisis sanitaria derivada del Covid-19, **se ha diferido al 1 de septiembre de 2021.**

⁴⁴ Sí existía, sin embargo, en la Ley de 2012 una previsión general en el art. 8.4, acerca de todos los créditos privilegiados o garantizados, según la cual «il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca debba avvenire entro 1 anno dell'omologa». Es relativamente sencillo comprender que esta limitación ha desencadenado importantes dificultades para poder proponer un plan de pagos factible, debido a que este tipo de créditos pueden tener cuantías muy relevantes que no sean fáciles de saldar en tan poco tiempo.

⁴⁵ *Vid.* TRENTINI, Carlo, «Procedure da composizione delle crisi da sovraindebitamento e pagamenti rateali di mutui ipotecari: la Cassazione afferma l'ammissibilità», 8 de octubre de 2019, <https://www.elegal.it/procedure-composizione-delle-crisi-sovraindebitamento-pagamenti-rateali-mutui-ipotecari-la-cassazione-afferma-lammissibilita/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

solución de la crisis tan prolongada en el tiempo⁴⁶. Además, se alegaba el principio general de derecho consistente en la razonable duración de los procesos que exigía establecer un marco temporal breve para ejecutar un plan de pagos que permita una segunda oportunidad real para el deudor.

Frente a esta postura, otra, revalidada, además, por dos importantes Sentencias de la *Corte di Cassazione*, a lo largo de 2019, considera que tanto en los acuerdos con los acreedores como en el plan del consumidor (en este último no es necesario el acuerdo con los acreedores) es posible prever la dilatación en el pago de los créditos privilegiados más allá de la limitación de un año desde la homologación, prevista en el art. 8.4 de la Ley de 2012⁴⁷. Pero ello siempre que se atribuya a los titulares de tales créditos el derecho al voto o la posibilidad de oponerse a la propuesta de plan, frente a la posible pérdida económica derivada del retraso en los pagos, así como para garantizarles a tales acreedores la posibilidad de valorar la conveniencia de ese plan frente a otras alternativas de satisfacción.

A mi juicio, estas sentencias de la *Corte di Cassazione* italiana presentan el inconveniente de dejar en manos del voto de los acreedores el pago dilatado en el tiempo del crédito hipotecario como alternativa a la de la liquidación. Es cierto que no puede confundirse el caso de un crédito hipotecario pagado regularmente con el de uno ya vencido que ha dejado de pagarse y cuyo pago se va a dilatar en el tiempo. Pero el perjuicio para el acreedor no está tanto en el tiempo más o menos dilatado previsto para el pago en el procedimiento de recomposición de la crisis, como en el hecho de que una vez liquidado el bien, el resultado sea peor que el obtenido en el caso de pago, por dilatado en el tiempo que sea este. Y este dato –el de la comparación con el perjuicio o beneficio obtenido en la venta forzosa del bien– debería ser el auténtico parámetro que guiara la actuación del juez y no tanto el voto o consenso de los acreedores en una situación extrema de crisis del deudor.

Antes de las resoluciones de la *Corte di Cassazione*, ya el Tribunal de Milán, el 18 de octubre de 2017, se había aproximado mucho a lo que luego cristalizará en la reforma efectuada por el CCI⁴⁸. A diferencia de la Corte Suprema, parece más valiente el

⁴⁶ Véase, por todas, la sentencia del Tribunal de Nápoles, de 12 de octubre de 2016, referenciada en *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1570.

⁴⁷ Se trata de las sentencias número 17834, de 3 de julio de 2019 y la número 27544, de 28 de octubre de 2019.

⁴⁸ Sentencia del Tribunale Milano, sez. II, 18/10/2017. Puede consultarse el texto de la sentencia en <http://www.dipendenzefvg.it/wp-content/uploads/2018/12/Sentenze-Sovraindebitamento-e-azzardopatia.pdf>

Tribunal de Milán al excluir de la propuesta del plan del consumidor a la entidad crediticia, en la medida en que el deudor no había incurrido nunca en mora en el pago de la hipoteca y se comprometía, ante el juez, a seguir pagando las cuotas. El deudor que había acudido al procedimiento debido a un endeudamiento excesivo derivado de una ludopatía alegaba que la deuda hipotecaria era superior al valor de liquidación del inmueble, circunstancia que hacía más adecuada la conservación de la deuda con el Banco en comparación con la alternativa liquidatoria. En consecuencia, esta solución beneficiaba tanto al Banco que se veía satisfecho íntegramente con el regular pago de la hipoteca, como al resto de acreedores que serían satisfechos en el 10 %, pero que en caso de liquidación habrían sufrido la concurrencia con el acreedor hipotecario (banco), arriesgándose a no cobrar nada, al no existir más activos liquidables.

El criterio que el Tribunal de Milán emplea en este caso es, pues, el de demostrar que en caso de liquidación de los bienes (en este caso de la vivienda hipotecada), el banco acreedor no hubiera sido satisfecho integralmente y el resto de los acreedores no hubieran podido ser satisfechos en una cuantía mayor respecto a la propuesta del plan del consumidor homologado por el juez.

7. 2. *El escenario tras la entrada en vigor del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*

La copernicana reforma instaurada en Italia a través del CCII da carta de naturaleza a esta cuestión, con unas ventajas indudables –a mi juicio– respecto a las citadas decisiones de la Corte Suprema de 2019 y siguiendo la estela marcada por el Tribunal de Milán en la referida sentencia de 2017. El artículo 67.5 del CCII, cuyo tenor transcribimos íntegramente por su trascendencia para este estudio, establece lo siguiente: «È possibile prevedere anche il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se lo stesso, alla data del deposito della domanda, ha adempiuto le proprie obbligazione o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduti a tale data».

No existía esta posibilidad en los textos prenormativos de este *Codice* y fue incorporada gracias a una observación de la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados italiana. La entrada en vigor de este precepto no se producirá hasta el 1 de septiembre de 2021, aunque hay una propuesta del llamado CeSPEC (***Centro studi sulle procedure***

[Consulta: 3 de enero de 2021]. Para un comentario muy enriquecedor de esta sentencia, Vid. PAGLIANTINI, Stefano, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. IX.

esecutive e concorsuali) que solicita a la Comisión de Justicia de la Cámara la anticipación en la entrada en vigor de algunos preceptos, como la de este art. 67.5, acuciada por las circunstancias socioeconómicas que estamos viviendo derivadas de la situación epidemiológica actual⁴⁹.

Si tuviera que condensar en tres las principales ventajas que, a mi juicio, ofrece la nueva norma y el nuevo marco normativo en el que esa se incardina, aquellas serían las siguientes: 1) se permite que se siga pagando la deuda hipotecaria (art. 67.5) o, incluso, que no se pague en su integridad (art. 67.4); 2) ausencia del voto de los acreedores, por lo que no depende de su voluntad que el deudor pueda seguir conservando su casa; 3) la buena fe que se requiere en el -si se me permite la expresión- hábitat económico del deudor se da cuando no se aprecie culpa grave, mala fe o fraude, atemperadas, además, con grandes exigencias al acreedor en cuanto al mérito crediticio. Desgranémoslas, siquiera sucintamente.

1) Una regla, en el seno de un procedimiento de insolvencia y de concurso, que permite seguir pagando una deuda (como si no hubiera pasado nada) supone, evidentemente, una excepción a las normas de universalidad y de la *par conditio creditorum* que debe presidir todo procedimiento de reestructuración de deudas⁵⁰. Lo que justifica el trato diferente, en este caso, no es la naturaleza del crédito (un crédito hipotecario, garantizado, por tanto, pero no diferente de otros de la misma clase) sino el tipo de bien y las circunstancias del deudor. En otros términos: lo que rompe la *par conditio creditorum* no es la excepcionalidad del tipo de crédito ante el que nos encontramos sino la situación en la que se encuentra el deudor y el tipo de bien (vivienda principal) sobre la que aquel se proyecta. Teniendo en cuenta que el bien es la casa principal del deudor no es difícil imaginar que el ámbito de aplicación de la norma del nuevo art. 67.5 CCII será muy amplio.

⁴⁹ En un escenario tan grave como el presente parece oportuno, según CeSPEC (asociación que reúne a 200 magistrados italianos que se ocupan de la materia de la crisis de empresa y de procedimientos concursales), e, incluso, necesario, anticipar la entrada en vigor de algunas de las instituciones de la nueva regulación del sobreendeudamiento que responden mejor a las dramáticas exigencias de una crisis económica sin precedentes. *Vid.* esta propuesta de anticipación de la entrada en vigor del CCII en https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/003/797/CeSPEC.pdf [Consulta: 30 de diciembre de 2020].

⁵⁰ Destacan esta importante excepcionalidad del nuevo sistema autores como LEUZZI, Salvatore, «La ristrutturazione dei debiti del consumatore sovraindebitato tra conferme e novità, 27 de mayo de 2019», <https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/2019/05-maggio/la-ristrutturazione-dei-debiti-del-consumatore-sovraindebitato-tra-conferme-e-novita/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020]; o MODICA, Lara, «La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel nuovo Codice della Crisi e della Insolvenza», *Jus Civile*, nº 3, 2020, p 599.

Los requisitos para que se pueda aplicar tal excepción al principio de universalidad que preside estos procedimientos, son que, o bien el deudor sea un buen pagador que haya satisfecho puntualmente sus cuotas, o bien que, en el caso de que se haya retrasado en el pago, sea autorizado por el juez a pagar lo que debe (capital e intereses) y continuar pagando la deuda, impidiendo, así, que el acreedor pueda ejecutar el bien garantizado⁵¹. No falta ya quien, en la doctrina italiana, señala que falta en el nuevo marco normativo una precisión sobre cuál será la vía para que el juez autorice a pagar las cuotas vencidas y no pagadas⁵². En el ordenamiento concursal español el canal sería, a mi juicio, el de la rehabilitación de los contratos de crédito, expresamente regulado en el artículo 166 del nuevo TRLC de 2020.

Ahora bien, aunque el procedimiento de reestructuración de las deudas no depende de los acreedores, como señalaremos a continuación, estos tienen la facultad de manifestar observaciones, según establece el art. 70.3 («Nei venti giorni successivi alla comunicazione ogni creditore può presentare osservazioni ...»). Nótese que la norma no faculta a los acreedores para oponerse, sino para manifestar «observaciones» y, de modo un tanto tímido señala, también, unos cuantos apartados más abajo dentro de la misma norma, que si un acreedor o cualquier persona interesada se opone a la conveniencia de la propuesta de reestructuración de las deudas, aun así el juez puede homologarla si considera que el crédito del oponente pueda ser satisfecho con el plan de reestructuración «in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria» (art. 70.9 CCII).

Y este *cram down* actúa como una especie de *leit motiv* del nuevo CCII en la medida en que, en el caso concreto de los créditos privilegiados o aquellos con garantía real, pueden no resultar íntegramente satisfechos, sino solo en parte, siempre que esta parte no sea inferior al valor realizable del bien (teniendo en cuenta su valor de mercado) en el caso hipotético de que hubiera que liquidarlos (art. 67.4 CCII).

2) La ausencia de voto de los acreedores se erige en una pieza fundamental del nuevo sistema. Algunos autores consideran que estamos ante una especie de convenio «sui generis», desvinculado de la voluntad de los acreedores, lo cual genera obvias

⁵¹ Cuestión diferente es que el deudor incumpla su plan de pagos. El ordenamiento italiano diferencia el caso en que el deudor solo deja de pagar su deuda hipotecaria, en cuyo caso el plan de pagos respecto a los otros acreedores (dentro del plan de reestructuración de las deudas) continuaría su vigencia y el acreedor hipotecario tendría derecho a ejecutar el bien sobre el que se proyecta su garantía. Si lo que se incumple es una buena parte de ese plan de reestructuración de las deudas y la reestructuración resultara revocada y se abriera la fase de liquidación, el inmueble se integraría en la masa (art. 73 CCII).

⁵² Vid. MODICA, Lara, *op. cit.*, p. 599.

ventajas⁵³. Seguramente, los autores de la reforma tenían presente que tratándose de deudores personas físicas (con la condición de consumidores) es fácil encontrarse con circunstancias derivadas de relaciones más o menos estrechas con ciertos acreedores que hacen que estos no sean suficientemente neutrales si de ellos tuviera que depender la aprobación de un plan de reestructuración de deudas. En realidad, no sería esta la única ocasión en la que se prescindiera del consentimiento de los acreedores en el derecho italiano. Ya existe una suerte de convenio obligatorio en el ámbito de la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis (art. 78 de la Ley número 270 de 1999) o en el marco de los procedimientos de liquidación obligatoria administrativa (art. 214.2 de la *Legge fallimentare*)⁵⁴. También en el ordenamiento francés podemos encontrar las medidas de *redressement* o *plan imposé* a los acreedores (algunas de ellas, las denominadas *mesures imposés*, ni siquiera requieren homologación judicial)⁵⁵. Y el fenómeno tampoco es ajeno a nuestro derecho postconcurzal, si al deudor se le concede el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (arts. 486-502).

En el caso de las empresas, la imposición de un plan de reestructuración de deudas a los acreedores que no lo han apoyado encuentra acogida en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, citada anteriormente y cuya aplicación a las personas físicas depende de la transposición que realice cada Estado miembro, *ex art. 1.4*. El artículo 11 de esta Directiva, bajo el título de «Régimen de confirmación de los planes de reestructuración no consensuales» (son los *cross-class cramdown* o «arrastre vertical») establece la posibilidad de que determinadas categorías de acreedores resulten afectadas por un plan que no han votado, respetando el criterio de evitar un «perjuicio injusto para los acreedores»⁵⁶.

De este modo, el procedimiento de reestructuración de las deudas del consumidor tiene una clara dimensión no comercial, sometida a un control judicial neutral y objetivo. El legislador italiano sustituye esta ausencia de voto de los acreedores por el fuerte

⁵³ Así MODICA, Lara, *op. cit.*, p. 596.

⁵⁴ Así nos lo recuerda LEUZZI, Salvatore, *op. cit.*

⁵⁵ *Vid.* el exhaustivo trabajo sobre esta cuestión en el ordenamiento francés de BASTANTE GRANELL, Víctor, «La doctrina del solidarismo contractual y la quiebra del consumidor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 39 (2016), pp. 203-246.

⁵⁶ Un estudio de esta Directiva y de esta concreta cuestión puede verse en GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 12 (febrero 2020), pp. 472-511, pp. 505-509. Este autor destaca que el contenido del plan de reestructuración diseñado por la Directiva tiene una finalidad conservativa y no liquidativa. *Vid.*, p. 499 de la obra citada.

control judicial y por la conducta del consumidor a la hora de endeudarse. A esa «buena fe» en la conducta de endeudamiento aludimos a continuación.

3) El buen comportamiento del deudor (para poder acceder a los procedimientos de composición de la crisis) es un dato, en el nuevo sistema, que se encuentra atemperado notablemente por la valoración del «buen comportamiento» del acreedor a la hora de conceder el crédito. El órgano gestor de la crisis de sobreendeudamiento del deudor (denominado en el país transalpino como *Organo di Composizione della Crisi*) debe indicar si el acreedor que ha concedido crédito al deudor ha valorado la capacidad del deudor, teniendo en cuenta sus ingresos y la incidencia sobre ellos de los gastos necesarios para mantener un «dignitoso tenore di vita» (art. 68.3 CCII).

A mi juicio, esta obligación impuesta al acreedor, con una sanción relevante en el nuevo escenario normativo (art. 69.2 CCII), hace que la «buena fe» del deudor quede realmente ensombrecida. Es verdad que dedica el art. 69, en su apartado primero, una atención especial a las denominadas «condiciones subjetivas obstativas del deudor», estableciendo que el consumidor no podrá acceder al procedimiento de reestructuración de sus deudas si ha sido exonerado del pago de deudas en los cinco años precedentes o si ha desencadenado la situación de sobreendeudamiento con culpa grave, mala fe o fraude.

Ahora bien, culpa grave, mala fe o fraude son elementos que cualifican la actuación del consumidor de un modo especialmente severo⁵⁷. No vale cualquier culpa o cualquier falta de diligencia. Comparto el criterio de quienes consideran que solo en presencia de «imprudenze macroscopiche o grossolane trascuratezze, al debitore sarà inibito l'ingresso alla procedura»⁵⁸. Y no estoy de acuerdo con quienes entienden que solo es merecedor de este procedimiento quienes se encuentren en una situación imprevisible, como quien sea víctima de la usura, el desempleado o la víctima de una ludopatía acreditada⁵⁹. Entiendo que ausencia de culpa grave, mala fe o fraude concurre en quien se endeuda teniendo en cuenta un poder adquisitivo X que deja de tenerlo por variar sus condiciones laborales (sin dejar de estar desempleado) o quien a consecuencia de un divorcio pierde poder adquisitivo, o quien se encuentra en una situación previsible

⁵⁷ Sobre el alcance del término culpa grave, mala fe y fraude a los que se refiere el nuevo CCII, *vid.* LOFFREDO, Francesca, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 69-72.

⁵⁸ Así lo expresa MODICA, Lara, *op. cit.*, p. 608.

⁵⁹ Esta es la opinión de LEUZZI, Salvatore, *op. cit.*

de sobreendeudamiento (como quien tiene una tendencia ludópata o de consumo compulsivo), de inevitables consecuencias nocivas⁶⁰.

No podemos dudar de que la sostenibilidad del crédito tiene dos caras muy visibles, pues es evidente que una deuda irresponsablemente asumida es también un crédito irresponsablemente concedido⁶¹. En consecuencia, el deudor será tanto menos culpable cuanto más culpable sea la conducta del acreedor y en ello están pensando los artículos 68.3 y 69.2 del CCII a la hora de modular -y ablandar- el juicio de culpabilidad del deudor.

El sistema italiano es un sistema visiblemente «debtor oriented» que sacrifica los intereses de los acreedores, como si se tratara de una suerte de «expropiación» del derecho crediticio que lleva, inexorablemente, a pensar en el gran CARNELUTTI cuando decía que «vi è un interesse superiore che va oltre a quello del creditore e che deve essere tutelato ed è l'interesse alla produzione e alla economia o più in generale, l'interesse publico»⁶². Tal interés público justifica fenómenos como el de la exoneración o remisión de deudas o, simplemente, el de la reestructuración de la deuda hipotecaria, al que ahora nos estamos refiriendo.

Ahora bien, ese interés superior que justifica la «expropiación del crédito» ha de ser suficientemente relevante como para permitir este sacrificio y como para justificar la excepción de aquellas normas que permiten que todo acreedor revestido de una garantía real pueda ejecutarla. Ese superior interés se puede apreciar, de modo indirecto y a medio o largo plazo, en un sistema productivo y en una economía que depende de que haya consumidores que puedan consumir. Pero, sobre todo, se aprecia, de modo directo, en mi opinión, en el beneficio de conservar una vivienda cuya sustitución por otra resulta más cara para un sujeto (deudor) y en el beneficio de

⁶⁰ El creciente fenómeno del sobreendeudamiento en Italia es especialmente llamativo en la Italia del norte. La ludopatía ha dado lugar a diferentes iniciativas de ayuda a las personas que se encuentran en esta situación a través de Proyectos como *La giustizia in gioco*, impulsado por la región de Friuli Venezia Giulia, para sensibilizar a la población sobre las herramientas terapéuticas y jurídicas para frenar esta tendencia. Pueden verse las sentencias sobre sobreendeudamiento y ludopatía, que recoge este Proyecto, en <http://www.dipendenzefvg.it/wp-content/uploads/2018/12/Sentenze-Sovraindebitamento-e-azzardopatia.pdf> [Consulta: 3 de enero de 2021].

⁶¹ Vid. MEZZASOMA, Lorenzo, «Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore», *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, a cura di LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., e RIZZO F., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 135-155.

⁶² Vid. CARNELUTTI, Francesco, «Espropriazione del creditore», en *Rivista del Diritto Commerciale* (1931), I, p. 676.

aquellos otros que pueden salir perjudicados con la venta del bien (el resto de los acreedores).

La existencia de ese interés debería apreciarla el juez –junto con otros operadores jurídicos– una vez constatada la crisis del deudor (como ocurre en Italia, por ejemplo), sin necesidad de llegar a la liquidación de los bienes. La nueva normativa contenida en el TRLC nos ofrece un amplio espectro del denominado «derecho preconcursal» donde habría que buscar los instrumentos idóneos para poder salvar bienes como la vivienda, sin que ello suponga un especial perjuicio a los acreedores. Veamos si esta normativa preconcursal nos brinda alguna herramienta para ello.

8. EL DENOMINADO NUEVO «DERECHO PRECONCURSAL» EN ESPAÑA Y SU TRASCENDENCIA EN LA CONSERVACIÓN DE LA VIVIENDA HIPOTECADA «IN BONIS»

Finalizando el año 2020, el 15 de diciembre, se aprueba en España el Anteproyecto de Ley de medidas para la eficiencia procesal del servicio público de justicia⁶³. Entre otras novedades, el Gobierno pretende impedir que se acuda a un juicio de divorcio o a un concurso de acreedores sin intentar previamente la mediación, el arbitraje o una de las denominadas MASC (Medidas Alternativas de Solución de Conflictos). Con la introducción de estos mecanismos, se dice en la Exposición de Motivos, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. Se trata de impulsar –según el propio legislador– «la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil».

Estas medidas, en el ámbito de las crisis de insolvencia y sobreendeudamiento de los particulares, han cristalizado ya en el nuevo TRLC de 2020, en el «derecho preconcursal» regulado en el Libro II de este texto, a lo largo de 138 artículos, de los que destacamos, para este estudio, los relativos a los acuerdos extrajudiciales de pagos y al concurso consecutivo cuando no se logra -o se frustra- uno de esos acuerdos. En el momento actual no es obligatorio iniciar las negociaciones conducentes a uno de estos acuerdos para poder acceder, luego, al concurso de acreedores. Sí era obligatorio intentar un acuerdo extrajudicial de pagos para poder acceder al denominado BEPI (art. 178 bis LC), por lo que no es extraño a nuestro sistema la «obligatoriedad» en la

⁶³ <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/el-consejo-de-ministros-aprueba-el-anteproyecto> [Consulta: 30 de diciembre de 2020].

imposición de algún sistema alternativo de solución de la crisis como paso previo para poder ingresar en un determinado procedimiento judicial. Ahora, bajo la vigencia del TRLC (art. 488.2), el intentar o conseguir un acuerdo extrajudicial de pagos ya no es imperativo, si bien genera una serie de beneficios liberatorios para el deudor que, indirectamente, podría acabar siéndolo.

La comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, regulada en el Título I del Libro II al que hemos hecho referencia, desencadena una serie de efectos sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos y, en concreto, sobre las ejecuciones de garantías reales, que debe ser objeto de alguna atención. El artículo 591.2 parte de que la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no paraliza ni suspende las ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía, salvo cuando se trate de la «vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial», en cuyo caso la ejecución sobre esos bienes se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las misma hasta que transcurran dos meses (si el deudor es persona natural que no tenga la condición de empresario, o tres meses si fuera empresario). De nuevo, una ligera discriminación para el consumidor que ya se viene arrastrando desde la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, en la que se introduce la especificidad de los acuerdos extrajudiciales de pagos para no empresarios⁶⁴.

Escaso beneficio para el deudor hipotecario que solamente verá suspendida la ejecución durante ese tiempo a la espera de poder obtener un acuerdo extrajudicial de pagos que le permita o bien reestructurar su deuda hipotecaria o bien seguirla pagando, aunque no pueda satisfacer la mayor parte de sus otras deudas. La intención del legislador no es mala, pero el problema reside en las dificultades para obtener ese acuerdo por el sistema de rígidas mayorías existentes en nuestro ordenamiento, no solo para obtener un acuerdo extrajudicial de pagos sino también para conseguir aprobar un convenio con los acreedores. A la hora de determinar el pasivo computable

⁶⁴ Así, el artículo 235.2. de la LC, tras la redacción dada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad, señalaba que los acreedores que puedan verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos no podrán, desde la comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado, «iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual». En estos casos, se podrá iniciar el procedimiento de ejecución pero quedará paralizado durante tres meses. Si el deudor es persona natural no empresaria rige, sin embargo, otro plazo inferior de paralización, el de 2 meses, establecido en el artículo 242 bis 1.8 LC.

para la adopción del acuerdo, el art. 677 establece que no se incluirá en ese pasivo los créditos que gocen de garantía real que no hayan aceptado la propuesta, de lo cual se desprende que los acreedores hipotecarios no tienen por qué someterse a este tipo de acuerdos si no lo desean. Es verdad que aun habiéndose opuesto a la propuesta, el acuerdo adoptado y formalizado adecuadamente (arts. 679-682) puede extenderse o alcanzar a los créditos con garantía real por la parte de sus créditos que exceda del valor de la garantía y que no hayan aceptado la propuesta, pero respecto a la parte que no exceda del valor de la garantía, solamente quedarán vinculados cuando se obtengan unas mayorías cualificadas, notablemente elevadas y, por consiguiente, difíciles de obtener, pero lo que es peor: dependientes del resto de acreedores⁶⁵.

La concurrencia de estas rígidas mayorías para conseguir un acuerdo hace que no sea fácil una salida «negocial» de la crisis y cuando no existe una salida negocial de la crisis se impone la apertura de un concurso de acreedores como paso previo, además, para acceder a un hipotético beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Y el gran problema que, a mi juicio, presenta la declaración de concurso de una persona física no empresaria es que desemboca en la fase de liquidación inmediata con la pérdida inevitable de la vivienda habitual, pese a la buena voluntad de salvarla de la «quema», por parte de algunos jueces, como hemos tenido ocasión de ver. Si no se alcanza un acuerdo extrajudicial de pagos o no se consigue un convenio con los acreedores, la desembocadura natural será la de la apertura de la fase de liquidación, por la declaración de un concurso «consecutivo», en el primero de los casos, o de un concurso «normal», en el segundo. La liquidación es inexorable para el deudor persona natural no empresaria (art. 242 bis 10º LC y arts. 706 y 708 TRLC)⁶⁶.

Habría, pues, que encontrar una solución intermedia entre una frustrada negociación con los acreedores y la apertura de un concurso que supone la liquidación del patrimonio del deudor. La solución podría encontrarse en unos instrumentos preconcursales de obligatorio cumplimiento para los acreedores cuando se den

⁶⁵ Interesante es el estudio que sobre la repercusión del acuerdo extrajudicial de pagos en los créditos con garantía real lleva a cabo PRATS ALVENTOSA, Lorenzo, «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 51-52. Destaca el autor que «por primera vez, se ha quebrado en nuestro Derecho –si bien con unos requisitos muy estrictos– la posición privilegiada de los acreedores con garantía real [...], a pesar de haber votado contra la aprobación del AEP, sus derechos de crédito garantizados realmente van a quedar afectados, igualmente, por él, si concurren las circunstancias señaladas».

⁶⁶ Sobre concurso «consecutivo» y sus especialidades en el caso de personas naturales que no sean empresarias, poder verse el estudio de FERNÁNDEZ SEIJO, José María, «El concurso consecutivo», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 218-219.

determinadas circunstancias, como, por ejemplo, que la deuda hipotecaria sea «in bonis», es decir, que el deudor la pueda seguir satisfaciendo y que, además, no se produzca ningún perjuicio al acreedor, porque de tener que liquidar el bien el resultado sea peor que el de mantener la relación crediticia garantizada.

9. UNAS REFLEXIONES FINALES PARA UNA PROPUESTA DE MANTENIMIENTO O REESTRUCTURACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO ANTES (O FUERA) DEL CONCURSO

Hemos manifestado la necesidad de encontrar herramientas preconcursales para salvar la vivienda familiar hipotecada porque, como hemos señalado, la declaración de concurso de una persona física, especialmente cuando acontece bajo el molde de un concurso consecutivo (tras un acuerdo extrajudicial de pagos frustrado), desemboca, sin solución de continuidad, en la fase de liquidación. Sea vivienda habitual o no, el inmueble se ejecuta en el marco del plan de liquidación, pudiéndose realizar –siendo lo más frecuente- por importe inferior al valor de la garantía y no beneficiando a nadie esta liquidación, como ya hemos visto. De ahí la buena intención de algunos jueces de excluir la vivienda de un plan de liquidación concursal, aunque, como ya hemos indicado, salvar a la vivienda hipotecada de la «quema» de la liquidación tropieza con indudables obstáculos: 1) el legislativo, por faltar una previsión legal expresa que excepcione la vivienda del plan de liquidación; 2) el transformar un bien legalmente embargable, como lo es la vivienda, en judicialmente inembargable, convirtiendo al poder judicial en fuente –no de interpretación y aplicación de las normas– sino de creación del derecho; 3) la ruptura del principio de la «par conditio creditorum» que exige paridad de trato a todos los acreedores de la misma clase, es decir, el acreedor hipotecario es un acreedor garantizado con un poder especial sobre el bien sujeto a garantía, pero no puede resultar más privilegiado que otros sobre bienes que sí se liquidan. Pensemos, además, que si la vivienda estuviera ya totalmente pagada (tras o sin una hipoteca) sería objeto de liquidación (principio de universalidad de la masa). Hay que evitar, por tanto, un concurso por su natural tendencia, en caso de las personas físicas, hacia la liquidación.

La solución para salvar la vivienda tampoco puede venir de la mano de la tan «cacareada» segunda oportunidad de las personas físicas o de los consumidores. El mecanismo de «segunda oportunidad» regulado por la Ley 25/2015 y que supone la obtención del BEPI exige ciertos requisitos y un punto de partida inexorable: la conclusión de un concurso por insuficiencia de masa o por liquidación. Volvemos, pues, a un plan de liquidación como pasaporte previo para obtener el BEPI y, por tanto y a falta de precepto legal expreso, con un indudable efecto «aspiradora», de ejecución de todos los bienes embargables del deudor. Es cierto que la ventaja de obtener esta

«segunda oportunidad» normativa es que aquella parte de la deuda hipotecaria que excede el valor del bien dado en garantía tiene carácter ordinario y, por tanto, resulta exonerable, pero supone perder la vivienda, lo que comporta una limitación frente al objetivo de reducir la exclusión socioeconómica del deudor. Hay que evitar, también, por tanto, el mecanismo de segunda oportunidad porque si bien uno de sus objetivos es, precisamente, el de eludir la exclusión social, no parece estar diseñado, ahora mismo, para aportar medidas de acceso y preservación de la vivienda a las personas socialmente vulnerables hipotecadas.

A mi juicio, resulta claro que la solución más beneficiosa para todos los intereses en juego solo podremos encontrarla en la normativa reguladora de una fase preconcursal, o, mejor dicho, independiente de lo concursal. El problema que, en España, plantea este derecho que ya se denomina «preconcursal», y que yo bautizaría como «paraconcursal», es que no permite imponer al acreedor un determinado plan de pagos cuando no se les produce ningún perjuicio y con la mayor salvaguarda de sus expectativas de cobro⁶⁷. El inconveniente que presenta un instrumento preconcursal, como el de los acuerdos extrajudiciales de pago, según lo que ya hemos referido, es que se hace depender ese acuerdo de unas mayorías bastante rígidas y del apoyo, no siempre justificado, de unos acreedores que por diversas razones pueden no votarlo, aun siendo justo. Por ello, se hace necesaria, en mi opinión, la búsqueda de instrumentos legales que desvinculen del acuerdo con los acreedores aspectos tan importantes como la conservación de la vivienda familiar cuando se cumplan determinados requisitos. Lo delicado de la cuestión será delimitar los requisitos que justifiquen la imposición de un plan de pagos a los acreedores.

Ya hemos visto que un plan de pagos obligatorio goza de regulación en ordenamientos como el italiano («piano del consumatore» o «piano di ristrutturazione dei debiti», tras el CCII) o el francés («redressement»)⁶⁸, y que más tímidamente recoge la precitada Directiva UE 2019/1023. Pero un plan de pagos homologado por el juez sin el voto de

⁶⁷ «Institución Paraconcursal», según el Diccionario Panhispánico de Dudas, designa aquella «institución encargada de prevenir o resolver los problemas concursales de las empresas derivados de la insolvencia», pero es obvio que no solo las empresas tienen problemas de insolvencias, por lo que no entendemos desacertado proponer que también lo «paraconcursal» se aplique a las personas físicas no empresarias, es decir, a lo que, con un amplio espectro, conocemos como «consumidores».

⁶⁸ Sobre el sistema francés de *redressement*, conteniendo medidas impuestas u ordinarias que no requieren homologación judicial y medidas extraordinarias que sí requieren esa homologación, *vid.*, BASTANTE GRANELL, Víctor, «La doctrina del solidarismo contractual y la quiebra del consumidor», *op. cit.*, nº 39 (2016), pp. 203-246. Este autor defiende el traslado al ordenamiento español de algunas ideas que empapan el actual ordenamiento francés en materia de sobreendeudamiento de particulares, como la de «solidarismo contractual» o «segunda oportunidad contractual».

los acreedores tampoco es ajeno a nuestro ordenamiento. Y, sin ir más lejos, en el propio marco normativo concursal, cuando se desencadena el denominado BEPI, tanto por la vía general (satisfacción de un umbral mínimo de deudas) como por la vía especial del plan de pagos para obtener la exoneración definitiva, ni una ni otra requieren un previo acuerdo con los acreedores ni el voto de estos, sino que el juez lo puede aprobar tras la ponderación y valoración de ciertas condiciones (arts. 490 y 496 TRLC); y la «oposición» y «alegaciones» de los acreedores solo podrán fundarse en la falta de alguno de los requisitos legales. Del mismo modo, esa suerte de plan de recomposición que el juez autorice, antes o fuera del concurso, pero sin el voto de los acreedores, tendría que garantizar el derecho de estos a presentar alegaciones o motivos de oposición con fundamento, exclusivamente, en la ausencia de algunos de los requisitos legalmente establecidos. A mi juicio, parece obvio que si se puede imponer un plan de pagos (que contempla esperas, quitas y exoneraciones) en la denominada segunda oportunidad, con mayor razón podría imponerse en una fase previa, en la que el deudor no se encontrará en una situación tan supuestamente delicada como la de haber pasado por un concurso y por las devastadoras consecuencias de su liquidación.

Los requisitos o elementos que justificarían, desde mi punto de vista, la imposición a los acreedores de un plan de pagos, deberían ser los tres siguientes:

1) Que el deudor se encuentre en condiciones de poder seguir pagando la hipoteca sobre su vivienda principal, la habitual para vivir él, con o sin su familia; o que si, por encontrarse en situación de vulnerabilidad económica o social, pueda tener derecho a obtener una reestructuración de su deuda hipotecaria, o, subsidiariamente, quita y dación en pago (al amparo del Código de Buenas Prácticas que hemos citado), sin tener que pasar por un concurso. No debe olvidarse que en el supuesto de valor neto negativo, la realización de la vivienda en sede concursal puede perjudicar tanto al deudor (por dejarle sin vivienda) como al acreedor, para quien la refinanciación o incluso la novación del contrato en términos razonables hubiera podido resultar más satisfactorio. Tampoco habría que descartar la dación en pago obligatoria, si, *in extremis*, es lo más beneficioso para los intereses en juego.

2) Que los acreedores no sufran perjuicio por ello y ese perjuicio habrá que valorarlo en términos comparativos, es decir, del resultado de comparar el valor obtenido en la liquidación o ejecución del bien con el hecho de que se siga pagando la deuda. Si el primero no es más beneficioso para el acreedor no hay razones para excluir la susceptibilidad de la imposición de un plan de reestructuración de deudas. La clave sería la de evitar un «perjuicio injusto a los acreedores». La noción de «perjuicio injusto

para los acreedores», en sede de suspensión de la ejecución, viene desarrollada por el considerando 37 de la Directiva (UE) 2019/1023, donde se proporcionan varios criterios para apreciar tal perjuicio: que el crédito del acreedor resultase mucho más perjudicado como consecuencia de la suspensión que si la suspensión no se aplicara; o que el acreedor se encontrara en una situación de mayor desventaja frente a otros acreedores en una posición similar.

El perjuicio lo sufrirán, igualmente, los acreedores si, declarado el concurso, tienen que «alimentar» al deudor, con todo lo que ello supone de proporcionar, también, residencia hasta que finalice el concurso. Y el evitar estos perjuicios justifica la imposición de un plan de pagos aprobado u homologado por el juez.

3) La buena fe del deudor. Al igual que la buena fe es la clave de bóveda de la concesión el BEPI, no se puede imponer un plan de pagos al acreedor sin exigir un comportamiento mínimamente diligente al deudor. Ahora bien, es necesario perfilar bien este lábil concepto⁶⁹. A mi juicio, buena fe es falta de culpa grave o fraude en la actuación del deudor. No basta cualquier culpa o falta de previsión para negar la existencia de buena fe. Y, además, la buena fe del deudor ha de medirse en relación con el comportamiento del acreedor a la hora de conceder el crédito. El deudor víctima de un préstamo usurario es perfectamente consciente –y culpable, incluso- de la desproporción que hay entre sus ingresos y el importe del crédito, pero esta «culpabilidad» obligada por las circunstancias no excluyen su buena fe.

La apreciación de estos requisitos para suplir el voto o apoyo de los acreedores es tarea que solo puede llevar a cabo al juez a través de un control de legalidad. El juez, junto con otros operadores jurídicos, está llamado a desempeñar un papel esencial, de homologación de un plan de recomposición de la crisis que, a falta de acuerdo y cumpliéndose determinados requisitos, entendemos que debe adquirir carácter obligatorio para los acreedores. El papel del Juez será fundamental en la valoración de todas estas circunstancias, pero el juez no puede actuar solo, necesita el soporte de otros gestores de la crisis (notarios, abogados, mediadores, intermediadores hipotecarios), de todos esos operadores que se pretenden impulsar con un

⁶⁹ Sobre los actuales problemas de la interpretación del concepto de «buena fe» para obtener el beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, *vid.* CUENA CASAS, Matilde, «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, *op. cit.*, pp. 90-123; y BASTANTE GRANELL, Víctor, «La segunda oportunidad del consumidor insolvente: primeros “bosquejos judiciales” sobre el concepto de buena fe», *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, coord. por Carballo Fidalgo, M., Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 177-241.

Anteproyecto de Ley como el de la denominada «eficiencia procesal». Porque la eficiencia procesal no solo puede residir en evitar al juez sino en apoyar y reforzar su función en aquellos ámbitos en los que no se puede prescindir de su actuación y control.

BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL, Víctor, «La doctrina del solidarismo contractual y la quiebra del consumidor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 39 (2016), pp. 203-246.

— «La segunda oportunidad del consumidor insolvente: primeros “bosquejos judiciales” sobre el concepto de buena fe», *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Carballo Fidalgo, M. (Coordinadora), Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 177-241.

CARNELUTTI, Francesco, «Espropriazione del creditore», en *Rivista del Diritto Commerciale* (1931), I, pp. 676-683.

CARRASCO PERERA, Ángel, «El mecanismo de segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº3/2015, pp. 1-9. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/702> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

CUENA CASAS, Matilde, «Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas», *El Notario del Siglo XXI*, nº 43 (mayo-junio, 2012). Disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-43/458-credito-responsable-fresh-start-y-dacion-en-pago-reflexiones-sobre-algunas-propuestas-legislativas-0-38528345374882544> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

— «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 31 (2014), pp. 123-159.

— «La banca ya sabe cómo “escapar” del régimen de segunda oportunidad». Disponible en <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

— «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 65-162.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María, «El concurso consecutivo», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 163-223.

— «Dopaminas y Derecho Concursal», disponible en el Blog Hay Derecho (13 de noviembre de 2020), <https://hayderecho.expansion.com/2020/11/13/dopaminas-y-derecho-concursal/> [Consulta: 20 de noviembre de 2020].

GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 12 (febrero 2020), pp. 472-511.

GRASA, David, REOLON, Luigi y NORIEGA, Mayra, «El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 36 (2015), pp. 449-468.

HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos. Historia, Tiempo de Memoria*. Tusquets Editores, Barcelona, 2009.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 733 (2012), pp. 2773-3055.

LEUZZI, Salvatore, «La ristrutturazione dei debiti del consumatore sovraindebitato tra conferme e novità», 27 de mayo de 2019. Disponible en <https://www.inexecutivis.it/approfondimenti/2019/05-maggio/la-ristrutturazione-dei-debiti-del-consumatore-sovraindebitato-tra-conferme-e-novita/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

LOFFREDO, Francesca, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

MARCHAMALO, Jesús y FLORES, Damián, «Balzac y los acreedores», *44 escritores de la Literatura Universal*, Siruela, Madrid, 2010.

MEZZASOMA, Lorenzo, «Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore», *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, a cura di LLAMAS POMBO, E., MEZZASOMA, L., RANA, U., e RIZZO, F., Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 135-155.

MODICA, Lara, «La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel nuovo Codice della Crisi e della Insolvenza», *Jus Civile*, nº 3, 2020, pp. 595-611.

MUNAR BERNAT, Pedro, «La modificación del Código de Buenas Prácticas», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 225-244.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso, «El arte de (no) pagar las deudas», *Diario La Ley. Cuestiones de Práctica Concursal*, nº 9584 (2020).

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, nº I (2014), pp. 69-89.

PACILEO, Piervincenzo, *Il sovraindebitamento del debitore civile. Analisi comparata dei principali modelli europei*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

PAGLIANTINI, Stefano, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

PRATS ALVENTOSA, Lorenzo, «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 23-63.

SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2016.

TRENTINI, Carlo, «Procedure da composizione delle crisi da sovraindebitamento e pagamenti rateali di mutui ipotecari: la Cassazione afferma l'ammissibilità», 8 de octubre de 2019- Disponible en <https://www.eclegal.it/procedure-composizione-delle-crisi-sovraindebitamento-pagamenti-rateali-mutui-ipotecari-la-cassazione-afferma-lammissibilita/> [Consulta: 1 de diciembre de 2020].

VALLS RIUS, Anna, «La mediación e intermediación hipotecaria en España: negociando una respuesta eficiente», *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Prats Alventosa (Coordinador), Aranzadi, Cizur Navarra, 2016, pp. 253-277.

VV.AA. *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Coords, ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio y MARTOS CALABRÚS, Angustias.; Dir. NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, Comares, Granada, 2014.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de diversos ordenamientos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 755 (2016), pp. 1442-1480.

Fecha de recepción: 07.01. 2021

Fecha de aceptación: 15.03.2021