

1.7. Concursal

Vivienda habitual hipotecada y concurso de acreedores tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre¹

Mortgaged habitual residence and bankruptcy after law 16/2022, of september 5.

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La vivienda habitual puede ser objeto de gravamen hipotecario. En tal caso, declarado el concurso de acreedores, integra la masa activa del mismo, si bien el acreedor hipotecario ostenta un privilegio de ejecución separada de la garantía siempre que se declare a la vivienda bien no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional. No obstante, cabe la posibilidad de que el acreedor con garantía real quede afectado por el convenio de acreedores, excluyendo este la ejecución separada o poniéndola fin. Igualmente, es posible que durante la fase común del concurso, la vivienda habitual sea objeto de realización directa, de dación en pago o de dación para pago, a solicitud del acreedor hipotecario o de la administración concursal según los casos. En el supuesto de que el concurso concluya mediante liquidación, no cabría excluir de la misma la vivienda habitual hipotecada que no ha sido objeto de ejecución separada. La parte de crédito no satisfecho mediante tal ejecución colectiva sería objeto de exoneración posterior. Si el deudor solicitase la exoneración mediante plan de pagos, y no se hubiese ejecutado la garantía, sería posible reestructurar la deuda hipotecaria y conservar la titularidad del bien. Si ya se hubiese ejecutado la garantía, la parte de deuda no cubierta con la ejecución se sometería al plan de pagos.

ABSTRACT: *The habitual residence may be subject to a mortgage lien. In such case, once bankruptcy has been declared, it is part of the assets of the same, although the mortgage creditor has a privilege of separate execution of the guarantee whenever the property is declared to be an asset not necessary for the continuation of the business*

or professional activity. However, it is possible that the secured creditor is affected by the creditors' agreement, excluding separate execution or ending it. Likewise, it is possible that during the common phase of the bankruptcy, the habitual residence is subject to direct realization, dation in payment or dation for payment, at the request of the mortgage creditor or the bankruptcy administration, as the case may be. In the event that the bankruptcy is concluded through liquidation, it would not be possible to exclude from it the mortgaged habitual residence that has not been subject to separate execution. The part of the credit not satisfied through such collective execution would be subject to subsequent exoneration. If the debtor requested exoneration through a payment plan, and the guarantee had not been executed, it would be possible to restructure the mortgage debt and retain ownership of the asset. If the guarantee had already been executed, the part of the debt not covered by the execution would be submitted to the payment plan.

PALABRAS CLAVE: Vivienda habitual hipotecada, concurso de acreedores, exonación del pasivo insatisfecho

KEYWORDS: *Habitual mortgaged housing, bankruptcy, fresh start*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE LA GARANTÍA REAL.—III. ALTERNATIVAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SEPARADA O COLECTIVA.—IV. LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN.—V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.1. ITINERARIO DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA. 2. ITINERARIO DE PLAN DE PAGOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda habitual es un bien embargable que entra a formar parte de la masa activa del concurso de acreedores.

En el presente trabajo estudiamos la posibilidad de ejecución separada de la misma, las alternativas a tal ejecución separada en la fase común del concurso, la posibilidad de que el acreedor privilegiado quede vinculado por el convenio concursal, la ejecución colectiva de la vivienda habitual cuando no se ha hecho uso del derecho de ejecución separada o cuando se ha venido atendiendo el crédito antes de la apertura de la liquidación, así como la posibilidad de, mediante la solicitud de exoneración por medio de un plan de pagos o por medio de la previa liquidación del patrimonio realizable, lograr la exoneración del pasivo que exceda del valor de realización de la garantía o del valor del privilegio inmobiliario, según los casos.

II. EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE LA GARANTÍA REAL.

La vivienda habitual que es *propiedad exclusiva* del concursado y está gravada con hipoteca se integra en la masa activa del concurso desde la declaración de

concurso (art. 192 TRLC). Se exceptúan únicamente de la integración en la masa activa los bienes inembargables, entre los que no se encuentra la vivienda habitual (arts. 605 y ss. LEC), ya que ni tan siquiera la previa constitución del concursado como Emprendedor de Responsabilidad Limitada con arreglo a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (arts. 7 y ss.), y la constancia de tal circunstancia en el Registro de la Propiedad con anterioridad al establecimiento de la garantía hipotecaria impiden que la vivienda entre en la masa activa del concurso y que pueda ser ejecutada la garantía (en ejecución separada o colectiva)².

También se integrará en la masa activa del concurso la vivienda habitual *ganancial* hipotecada cuando deba responder de obligaciones del concursado (art. 193.2 TRLC), como es el caso del préstamo contraído con la entidad financiera por el concursado y su cónyuge como deudores solidarios. Como señala CUENA CASAS “cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y sólo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC)”³.

Si los cónyuges están casados en régimen de separación de bienes, si la vivienda habitual les pertenece en comunidad romana (art. 392 y ss. CC), “cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC), si bien dada la indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH) “toda la finca responde del crédito garantizado (art. 1860 CC y arts. 122 y ss. LH)”⁴, por lo que si el concursado no atiende dicho crédito cabrá enajenar separadamente la vivienda habitual en su totalidad, al no tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

En efecto, si el crédito hipotecario es impagado, nos encontremos ante uno u otro de los escenarios descritos, el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con arreglo al artículo 145 y 146 del TRLC, siempre que acredite para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria o para alzar la suspensión del procedimiento suspendido por la declaración de concurso, que el bien no es necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional mediante testimonio de la resolución del juez del concurso en que se haga tal manifestación.

Como señala el artículo 147 del TRLC “la declaración del carácter necesario o no necesario *de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa* corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal, *cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores*”.

No obstante, la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución separada de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa (y por lo tanto, sobre la vivienda habitual) por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. En este supuesto, la vivienda habitual hipotecada será realizada en el marco de la ejecución colectiva (art. 149 TRLC). Pero el titular de la garantía recuperará el derecho de ejecución separada cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin haberse enajenado el bien o derecho afecto (art. 149 *in fine* TRLC).

III. ALTERNATIVAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SEPARADA O COLECTIVA

Los artículos 205 y ss. TRLC establecen una serie de normas sobre la enajenación de bienes y derechos de la masa activa con carácter previo a la adopción de una solución al concurso, o sea, antes de que se apruebe un convenio o se abra la liquidación, si bien estas normas se aplicarán en cualquier estado del concurso, y por lo tanto, también en fase de convenio y de liquidación⁵.

Así pues, en cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 210 TRLC)⁶ y la dación en pago o para pago de los bienes afectos (art. 211 TRLC)⁷, así como la enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen (art. 212 TRLC)⁸, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con garantía hipotecaria, según los casos.

Cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el importe resultante de la realización del bien o derecho en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuere el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en esta ley, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213 TRLC), si bien de acuerdo con el artículo 211.3 TRLC mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial.

También es posible que el acreedor hipotecario acepte someterse a un convenio de acreedores, de manera que quede aplazado el crédito hipotecario o bien que de otro modo afecte el convenio al derecho de ejecución separada.

Evidentemente, un convenio impedirá el derecho de ejecución separada a los acreedores concursales titulares de garantías reales siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera), así como supuestos en que expresamente se excluya el derecho de ejecución separada. Lo que puede producirse en los casos del artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que exponemos a continuación:

- Cuando los acreedores privilegiados con garantía real hubieran sido autores de la propuesta de convenio, o se hubieran adherido a ella antes de su aceptación, salvo que hubieran revocado la adhesión.
- Cuando los acreedores privilegiados con garantía real se hubieran adherido en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez *antes de la declaración judicial de su cumplimiento*.
- Cuando se produce el efecto de arrastre de los acreedores privilegiados regulado en el artículo 397.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este precepto prevé que los acreedores privilegiados (también los acreedores con garantía real) queden vinculados al convenio si, dentro de la misma clase a la que pertenezcan (arts. 269 y ss. y 287 TRLC) se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1.º) el 65 % del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, cuando el convenio consista en el *pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años*, o en el pago

inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al 20 %; o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; *esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años*; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2.º) El 75 % del importe de los créditos privilegiados, de la misma clase, en los convenios que tuvieren otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de *las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase*.

- Cuando el convenio contenga previsiones para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (p.e., créditos que gocen de garantía real hipotecaria). Como señala el artículo 323 del Texto Refundido de la Ley Concursal, “la propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidas al efecto en esta ley” (arts. 209 a 225 TRLC)⁹. En estos casos el acreedor privilegiado sujeto al convenio deberá recibir el importe que resulte de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria* en los términos que resulten de las previsiones del convenio. *Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa*. Si con dicha realización no se consiguiese la completa satisfacción del crédito en los términos que resulten de la propuesta de convenio, el resto será tratado con la clasificación que le corresponda (art. 433.2, 281.1.3.º y 440 TRLC)¹⁰.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN

De acuerdo con el artículo 421 del TRLC, salvo que el juez haya establecido reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que:

- Las establecidas en los artículos 422 (que establece la regla de la enajenación conjunta de las unidades productivas) y 423 (que exige recurrir a la subasta cuando el bien o derecho a realizar tuviese un valor superior al cinco por ciento del valor total de los bienes y derechos inventariados según el último inventario presentado por la administración concursal; subasta electrónica que se realizará a través de portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado o bien a través de cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos).
- Las disposiciones del Capítulo III, del Libro IV del Libro Primero, relativo a la conservación y enajenación de la masa activa.

Como se desprende del artículo 205 y ss. TRLC, si bien las normas contenidas en este Capítulo se refieren a actos de disposición previos a la adopción de una solución al concurso, o sea anteriores a la aprobación de un convenio o a la apertura de la liquidación, se aplicarán en cualquier estado del concurso, y por lo tanto,

también en la liquidación las que tienen por objeto “bienes o derechos afectos a privilegio especial o unidades productivas (arts. 209–244 *septies* TRLC)”¹¹.

De manera que sería posible que el acreedor privilegiado solicitara durante la liquidación colectiva, la realización directa de la vivienda habitual (arts. 210 y 213 TRLC), o la dación en pago o para pago de la misma (art. 211 TRLC).

Cuando la enajenación de la vivienda habitual tenga lugar mediante subasta (medio de realización propio, salvo que el juez al establecer las reglas especiales de liquidación hubiera establecido otra cosa *ex* art. 423.1 TRLC y 209 TRLC), la adjudicación en caso de subasta sin postores se regirá por lo dispuesto en el artículo 423 bis del TRLC.

Señala este precepto que “si en la subasta de bienes o derechos hipotecados o pignorados realizada a iniciativa del administrador concursal o del titular del derecho real de garantía, no hubiera ningún postor, el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien o el derecho en los términos y dentro de los plazos establecidos por la legislación procesal civil”, es decir, en los términos del artículo 671 LEC, o sea, por el 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o por el 60 % de dicho bien si la deuda fuera inferior a dicho porcentaje, supuesto en el que el acreedor hipotecario deberá abonar la diferencia a la masa del concurso¹². Si el bien hipotecado no cubriese en su totalidad la deuda originaria (art. 281.3.º TRLC)¹³, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda¹⁴.

Si el acreedor hipotecario no ejercitase este derecho, y el valor de los bienes subastados, según el inventario de la masa activa, fuera inferior a la deuda garantizada, el juez, oídos el administrador concursal y el titular del derecho real de garantía, los adjudicará a este por ese valor, o a la persona natural o jurídica que el interesado hubiera señalado. Si el valor del bien o del derecho fuera superior, ordenará la celebración de nueva subasta sin postura mínima (art. 423 bis TRLC).

Hay que tener presente que producida la adjudicación al acreedor hipotecario, de acuerdo con el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de colectivos vulnerables, no procederá el lanzamiento hasta el 15 de mayo de 2028 de las personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁵.

V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. ITINERARIO DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA

“La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 y 250 TRLC) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC). ... También es posible que se abra este itinerario cuando ha fracasado el itinerario del plan de pagos (art. 500 bis)”¹⁶.

La apertura de la fase de liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, por lo que si el préstamo hipotecario se venía atendiendo con cargo a la masa (arts. 166 y 430 TRLC), vencerá anticipadamente la deuda hipotecaria. La vivienda habitual no puede ser excluida de la liquidación, por lo que será objeto de ejecución colectiva (art. 430.1 TRLC)¹⁷.

Como señala CUENA CASAS, el hecho de que el artículo 492.bis.1 TRLC prevea que “cuando se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, sólo se exonerará la deuda remanente”, “evidencia que en el trámite de exoneración, las garantías reales deberían haberse ejecutado.

Por otro lado, no hay que obviar que, de no ejecutarse la hipoteca en el escenario de deuda superior al valor de la garantía y permitir la subsistencia del aplazamiento de pago [como propugna cierta jurisprudencia¹⁸] a pesar de la apertura de la fase de liquidación, parte de crédito ordinario (el que excede del valor de la garantía) estaría siendo pagado anteponiéndose a los demás acreedores ordinarios que se ven abocados a la exoneración. Se produce una alteración de la regla *par conditio creditorum* sin base legal alguna¹⁹.

Finalmente, si la vivienda habitual no fuese objeto de la ejecución colectiva, el acreedor podría abrir una ejecución hipotecaria posterior a la conclusión del concurso, en caso de impago, aplicándose el artículo 579 LEC tras la realización de la vivienda, que es una norma menos beneficiosa para el deudor (al permitir condonaciones parciales de la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria) que la exoneración del crédito originario no satisfecho con la garantía hipotecaria, que afectaría a todo el pasivo pendiente tras la ejecución de la garantía (art. 489.1.8.º TRLC *a sensu contrario*, salvo que la deuda insatisfecha pueda ser catalogada en otros números del artículo 489.1 TRLC)²⁰.

La ejecución de la vivienda gravada con hipoteca también procede, pues, en el caso de concurso sin masa *ex art.* 37 bis.d) TRLC, ya que la Ley solo prevé dos itinerarios para la exoneración y, en mi opinión, exige la liquidación en el caso de insuficiencia de masa (art. 501 TRLC en relación con el art. 486.2.º TRLC)²¹.

Se ha planteado no obstante, la posibilidad de aplicar en sede concursal el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En este sentido, el AAP de Barcelona, sección 15.ª, 72/2018, de 20 de junio de 2018, señala que “esta normativa de protección del deudor hipotecario podrá invocarse en el concurso cuando se haya de proceder a la realización de los bienes hipotecados.

Si al deudor hipotecario se le reconoció su situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social fuera del concurso, en el procedimiento concursal deberán adoptarse las medidas adecuadas para que el deudor mantenga los derechos, también las obligaciones, derivadas de ese reconocimiento realizado fuera del concurso.

Si el deudor hipotecario no tiene reconocida esa situación fuera del concurso, deberá realizarse en el 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”.

Parece, pues, que aplicando esta normativa podría el deudor eludir la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en sede de liquidación (bien mediante la

reestructuración de la deuda hipotecaria, bien mediante la dación en pago), si bien puede pensarse que el Real Decreto-Ley 6/2012 está pensado para situaciones en las que no hay una pluralidad de acreedores (como exige el concurso como presupuesto subjetivo del mismo) sino para situaciones en que el único acreedor es el acreedor hipotecario.

2. ITINERARIO DE PLAN DE PAGOS

El artículo 492 bis TRLC, que regula los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real, contempla dos posibles escenarios:

1. Que se haya ejecutado la garantía antes de la aprobación del plan de pagos o antes de la exoneración en caso de liquidación. En este caso sólo se exonerará la deuda remanente (art. 492.bis.1 TRLC). Lo que coincide con lo previsto en el art. 489.1.8.º de la Ley Concursal que prevé que no son exonerables las deudas con garantía real, dentro del límite del privilegio especial, pero sí lo serían en lo que exceda del privilegio. Como este se ha hecho efectivo a través del resultado de la ejecución (art. 149 TRLC), quedará exonerada incluso la diferencia entre el crédito con privilegio especial reconocido en el concurso con arreglo a las normas previstas en los artículos 270 y siguientes de la Ley Concursal (valor razonable del bien) y la cantidad efectivamente satisfecha con la ejecución de la garantía. Si el deudor opta por la exoneración con liquidación, con la ejecución “se habrá cancelado el crédito privilegiado y la cantidad pendiente de pago se calificará conforme a los criterios generales de la normativa concursal (art. 272.2 TRLC)”. *Si el deudor opta por solicitar la exoneración mediante plan de pagos, el resto de crédito con garantía real no satisfecho con la ejecución se someterá al plan de pagos*²².

2. Si la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos.

“En estos casos para definir el plan de pagos y los créditos incluidos en el mismo, en el concurso tendrá que cuantificarse qué parte de ese crédito con garantía real debe considerarse crédito con privilegio especial, calculado conforme a las reglas de determinación del valor razonable de la garantía previstas en el artículo 272 y siguientes”. Ello deberá realizarse en el informe de la administración concursal. De este modo se cuantifica la parte de crédito no exonerable²³.

Las cantidades que excedan del valor razonable del bien, tendrán la consideración de crédito ordinario y quedarán sometidas al plan de pagos²⁴.

En este caso, si el deudor ha cumplido con los vencimientos de cuotas durante el concurso, se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas en el contrato, pero la cuantía de las cuotas de principal, y en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de deuda pendiente hasta el valor de la garantía (art. 496.bis.3 TRLC). A la parte de deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el art. 496.bis, es decir, se entenderá vencida la deuda con la eficacia de la resolución que apruebe el plan de pagos y determine la exoneración provisional, y no devengará intereses durante el plazo del plan de pagos. Dicha parte de deuda recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha mediante el plan de pagos quedará definitivamente exonerada con arreglo al artículo 500 de la Ley Concursal²⁵.

No obstante, como los créditos con garantía real no son exonerables dentro del límite del privilegio especial con arreglo al artículo 489.1.8.º de la Ley Concursal, si se produce la ejecución de la garantía (porque dejasen de satisfacerse las cuotas en los términos del artículo 492.bis.2.1.º TRLC durante la vigencia del plan de pagos o bien posteriormente, dado que se ha producido una novación del contrato que continuará vigente tras la exoneración definitiva), como señala el artículo 492.bis.3, cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada²⁶.

Hay que tener en cuenta que los acreedores *por créditos no exonerables* mantienen sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos (art. 490.2 en relación con el art. 492.bis.3 TRLC), pese a la obtención por el deudor de la exoneración provisional y/o definitiva.

VI. CONCLUSIONES.

- I. La vivienda habitual gravada con hipoteca puede ser objeto de ejecución separada o de ejecución colectiva, así como de realización directa, de dación en pago o de dación para pago en el seno del concurso de acreedores.
- II. También puede ser objeto de un convenio concursal que excluya la ejecución separada.
- III. Cabe exonerar el pasivo insatisfecho tras la ejecución separada o colectiva de la vivienda con garantía real, o bien, si se sigue el itinerario del plan de pagos, incluir dicho crédito insatisfecho en las previsiones del plan de pagos.
- IV. Si la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos, cabe reestructurar la parte de deuda a la que alcanza el privilegio, de manera que las cantidades que excedan del valor razonable del bien tengan la consideración de crédito ordinario y se sometan al plan de pagos.
- V. Existe una línea jurisprudencial, que pese a la apertura de la liquidación propugna no ejecutar la vivienda habitual gravada con hipoteca cuando no es previsible que vaya a resultar un sobrante que quede a disposición de los acreedores, lo que no impediría que el deudor se exonerase del pasivo insatisfecho, sea mediante un plan de pagos, si el deudor tiene otras rentas, o definitivamente, si el deudor no dispone de otros ingresos con los que pagar los créditos exonerables.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- AAP de Barcelona, sección 15.ª, 72/2018, de 20 de junio de 2018
- AAP de Barcelona, sección 15.ª, 125/2023, de 20 de octubre de 2023

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- CASTAÑÓN GARCÍA-ALIX, E. (2024). El recurso de apelación frente a la denegación del EPI y la necesidad de encontrar una solución para el deudor que tiene su vivienda habitual ejecutada con una sobregarantía. *Diario La Ley*, núm. 10543, 1–9.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2023). Comentario al artículo 205 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Prohibición de enajenación. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Tomo II, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 1102–1105.
- CUENA CASAS, M. (2023). Vivienda familiar y concurso de acreedores. *Actualidad Civil*, núm. 9, 1–30.
- CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.^a (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M (2023). *La Exoneración del Pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Editorial Bosch-La Ley, Las Rozas (Madrid).
- GARCÍA OREJUDO, R. N. y RAFÍ ROIG, F. X. *La exoneración del pasivo insatisfecho. Actualizado tras la Ley 16/2022*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario: análisis de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de octubre y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 3974–3992.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2023). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023, 1886–1907.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2024). Vivienda familiar y concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 806, 3593–3615.
- SENDRA ALBIÑANA, A. El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023.
- SIERRA NOGUERO, E. (2020). Comentario al artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1090–1099.

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar” con referencia PID2021-124953NB-I00, drigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuenca Casas.

² CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 4–5. *Vid.* JIMÉNEZ PARÍS, 2024. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 14/2013, por excepción a lo dispuesto en el artículo 1911 del Código civil, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en deudas empresariales o profesionales posteriores a su constitución como ERL, no alcance a la vivienda habitual cuyo valor no exceda de 300.000 euros, siempre que dicha no vinculación se publique en el Registro de la Propiedad en el folio registral de la finca mediante certificación emitida por el Registrador Mercantil de la inmatriculación en el Registro Mercantil del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Practicada esta inscripción en el Registro de la Propiedad como indica el artículo 10.3 de la Ley “el Registrador [de la propiedad] denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social”. No pudiendo beneficiarse de esta limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así conste acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (art. 8.4 TRLC).

³ CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 18.

⁴ CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 18.

⁵ COLINO MEDIAVILLA, 2023, 1104.

⁶ Artículo 210 TRLC. Realización directa de los bienes afectos. “1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. 2. La solicitud de realización directa deberá ser presentada al juez por la administración concursal o por el acreedor con privilegio especial y se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. 3. El juez concederá la autorización solicitada si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado. El juez podrá autorizar excepcionalmente la realización directa por un precio inferior si el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo aceptasen de forma expresa, siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. 4. Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella”.

⁷ Artículo 211 TRLC. Dación en pago o para pago de los bienes afectos. “1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la dación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. 2. La solicitud de dación en pago o para pago deberá ser presentada por el acreedor con privilegio especial o por la administración concursal con el consentimiento expreso y previo

de aquél. La solicitud se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. Cualquier interesado podrá efectuar alegaciones sobre la pertinencia de la dación o sobre las condiciones en las que se haya propuesto su realización. 3. Mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial. 4. La autorización de la dación para pago deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda”.

⁸ Artículo 212 TRLC. Enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen. “A solicitud de la administración concursal, el juez, previa audiencia de los interesados, podrá autorizar la enajenación de bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Subrogado el adquirente, el crédito quedará excluido de la masa pasiva. 2. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.

⁹ “Un cambio del Texto Refundido de la Ley Concursal respecto de la Ley Concursal es la ubicación sistemática de las normas especiales de realización de los bienes afectos. Antes en la liquidación y ahora entre las normas de la masa activa. El apartado II de la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que el Título IV *De la masa activa* incluye << también las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen, muchas de ellas ahora contenidas en el título sobre liquidación de la Ley Concursal >>. En cambio, el derogado art. 155.4 Ley Concursal se ubicaba dentro de las normas dedicadas a la liquidación de la masa activa, pero señalaba que la subasta era la regla general para realizar los bienes afectos << en cualquier estado del concurso >>. Con la nueva ubicación del artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal y su aplicación también a la realización de estos bienes afectos << en cualquier estado del concurso >> es más claro que la subasta es el modo ordinario de realización dentro del concurso. En principio, la subasta es viable en cualquiera de sus tres fases: común (cuando sea posible), liquidación y convenio. ... En fase de convenio el artículo 323.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que << La propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidos al efecto en esta ley >>. Se refiere a las reglas especiales de los artículos 209 a 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal”. (SIERRA NOGUERO, 2020, 1091–1092). Así el convenio puede contener previsiones de dación en pago, en cuyo caso quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial o bien de dación para pago, en cuyo caso, si hubiera remanente tras la realización del bien corresponderá a la masa activa y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 211 TRLC).

¹⁰ Artículo 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos ordinarios*. ...2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con la parte de los créditos con privilegio especial en que no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, salvo que tuvieran la condición de subordinados”. Artículo 281 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Créditos subordinados*. 1. Son créditos subordinados: ... 3.º. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, *salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*. Artículo 440 Texto

Refundido de la Ley Concursal. *Pago de intereses*. Si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, procederá el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera, al tipo legal.

¹¹ COLINO MEDIAVILLA, 2023, 1104.

¹² Artículo 671 LEC. Subasta sin ningún postor. Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3°.

¹³ Artículo 281 TRLC. Créditos subordinados. “1. Son créditos subordinados: ... 3.º. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.

¹⁴ Artículo 430 TRLC. Pago de créditos con privilegio especial. “El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. ... 3. El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda”.

¹⁵ *Vid.*, JIMÉNEZ PARIS, 2020.

¹⁶ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 15.

¹⁷ *Cfr.* CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 15.

¹⁸ *Vid.*, AAP de Barcelona, sección 15.ª 125/2023, de 20 de octubre de 2023. Este AAP Barcelona, sección 15.ª, 125/2023, de 20 de octubre de 2023, matiza lo siguiente en relación con una vivienda habitual hipotecada, cuyo propietario concursado continúa abonando regularmente las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, incluyéndola en el plan de liquidación pero evitando su realización: “1. La administración concursal de Flor recurre en apelación la decisión del juez del concurso de incluir, en contra de su propuesta, la vivienda habitual del concursado en el plan de liquidación. 2. Nuestra posición sobre este tema, de acuerdo con la legislación vigente anterior, ha sido expuesta en nuestra sentencia núm. 844/2019, de 9 de mayo: “Esta cuestión la hemos abordado ya en otras resoluciones de esta misma Sección, entre ellas en el auto de 16 de octubre de 2018 (Rollo 793/2018), en el que expresábamos el parecer de la Sección y en la Sentencia de 29 de marzo de 2019 [2019/2967]. En estas resoluciones indicábamos que todos los bienes del deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la LC, se integran en la masa activa del concurso, a excepción de aquellos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, condición que no tiene la vivienda habitual (artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De igual modo, todos los bienes integrados en la masa activa deben ser objeto de liquidación, de acuerdo con los artículos 148 y 149 de la LC. La conclusión del concurso por liquidación, por tanto, precisa de la realización de todos los bienes del deudor (artículo 152 de la LC). Lógicamente, el hecho de que nuestro Ordenamiento Jurídico contemple la realización de la vivienda habitual tanto en la ejecución individual como en la colectiva, no vulnera el artículo 47 de la Constitución Española, precepto

dirigido a los poderes públicos, que han de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Tampoco advertimos que ello infrinja el artículo 45 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, que en modo alguno descarta la ejecución de la vivienda habitual. El recurso señala que el crédito hipotecario que grava la vivienda se viene abonando puntualmente, tal circunstancia queda acreditada por cuanto el propio juzgado incluyó, dentro de un concepto amplio de alimentos, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, *circunstancia que tampoco excluye la liquidación dado que en el concurso constan otros acreedores, siempre y cuando esa liquidación suponga, de modo efectivo, un beneficio para los acreedores porque el precio de realización, una vez satisfecho el privilegio, pueda generar sobrante para el resto de acreedores*. Recordemos que el artículo 155.5.º de la LC dispone que el acreedor privilegiado hará suyo el montante que resulte de la realización de los bienes afectos “en cantidad que no exceda de la deuda originaria”, correspondiendo el resto, si lo hubiera, a la masa activa del concurso. Ello no impide que admitamos en la liquidación concursal la posibilidad de fijar, en beneficio del deudor, un precio mínimo de venta, tal y como prevén los artículos 670.4.º y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *O incluso no sacar el bien a subasta si el deudor está al día en el pago de la hipoteca y el precio previsible de realización no cubre el pago de la deuda hipotecaria si se diera por vencida anticipadamente*. En definitiva y como conclusión, en principio no puede excluirse la vivienda habitual de la masa activa, aunque, como hemos indicado, no sea descartable que el valor de la garantía no 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”. 3. Así pues, el bien inmueble ha de ser incluido en el plan de liquidación, su subasta ha de hacerse de la totalidad del inmueble para el pago del acreedor con privilegio especial, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca y el principio de tramitación coordinada de los dos procedimientos concursales (no de la mitad indivisa). Las reglas de la subasta deberán de respetar el precio mínimo de la totalidad del inmueble, de acuerdo con las normas prevista en LEC, arriba citadas. 4. *Ahora bien, como sucede en este caso, la subasta podrá no ejecutarse si se cumplen simultáneamente tres requisitos: si el crédito hipotecario está al día, si el acreedor no insta su vencimiento anticipado y si no se puede suponer que después del pago del privilegio quede remanente para satisfacer a otros acreedores*. 5. En este caso, según el inventario y la lista de acreedores elaborados por el administrador concursal, la vivienda tiene un valor de 140.240,04 euros, mientras que el importe pendiente de satisfacer del crédito hipotecario es de 188.139,09 euros. Incluso el acreedor privilegiado está conforme con evitar la realización del inmueble, siempre que el deudor se mantenga al día del pago de las cuotas. De esta forma la ejecución no beneficiaría a ningún otro acreedor, puesto que su valor no cubre el importe garantizado, y tampoco impediría que el deudor se exonerase del pasivo insatisfecho, sea mediante un plan de pagos, si el deudor tiene otras rentas, o definitivamente, si el deudor no dispone de otros ingresos con los que pagar los créditos exonerables”. Por todo ello se estima el recurso de apelación y se modifica el auto aprobando el plan de liquidación, en el sentido de incluir en el plan la vivienda habitual, pero se acuerda no proceder a su realización siempre que el concursado esté al día del pago de las cuotas hipotecarias, lo que no impedirá al concursado solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

¹⁹ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 16 – 17.

²⁰ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 17.

²¹ No obstante, hay autores que defienden la posibilidad de concurso sin masa e itinerario de plan de pagos. *Id.*, CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 19–23 y FERNÁNDEZ SEIJO, 184, 185 y 191. También se defiende que de la aplicación conjunta de los artículos 37 ter.2, 501.1 y 489.1.8.º TRLC, y dada la ubicación del artículo 492.bis entre los efectos comunes de la exoneración, se debería poder sin realización de la vivienda habitual, gravada por importe superior al valor de mercado de la misma (37.bis.d TRLC), siempre que el concurso sea sin masa y no haya patrimonio que liquidar de conformidad a lo previsto en el artículo 37 bis TRLC, se haya impagado o no el préstamo, aplicar el artículo 498.1.8.º TRLC y considerar exonerable el remanente que excede del importe del privilegio especial, conservando el deudor hipotecario la vivienda (CASTAÑÓN GARCÍA-ALIX, 2024, 5 – 9). En este sentido señala CUENA CASAS que “la reestructuración de la deuda hipotecaria prevista en el art. 492 bis está pensada para el deudor que se acoge al plan de pagos porque era el único escenario inicialmente previsto de EPI sin liquidación. Con todo, la norma está recogida en el capítulo relativo a los elementos comunes a toda exoneración y eso favorece su aplicación a todos los escenarios, de EPI sin liquidación. Siguiendo una interpretación conforme con la DRI que pretende la exoneración plena del deudor, es perfectamente defendible la aplicación analógica del art. 492 bis, al caso de concurso sin masa ex art. 37 bis.d) TRLC. El acreedor real debe padecer la exoneración como todos los demás acreedores en la parte de deuda garantizada que exceda del valor de la garantía y que tiene la condición de exonerable. Hay además que tener en cuenta que el art. 498.1.8.º TRLC ya declara no exonerables las deudas con garantía real << dentro del límite del privilegio especial >>. Parece que *no hace falta que se ejecute la hipoteca para que emerja ese sobrante de pasivo, sino que se puede calcular antes* (art. 273 TRLC). La redacción difiere mucho de la del art. 497 TRLC en su versión anterior a la reforma que parecía partir de que la exoneración del sobrante solo se podía producir tras la ejecución. Ahora esto no está claro. Este argumento sería favorable a la << reconfiguración de la deuda hipotecaria >> incluso si no hay liquidación” (CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 22) Por lo tanto, tal concurso sin masa se resolvería a través de un plan de pagos que permitiría no ejecutar la vivienda habitual gravada con hipoteca. El problema es que si no es posible configurar un plan de pagos, el itinerario alternativo es la liquidación y parece que no cabe excluir en tal caso la vivienda habitual de la ejecución colectiva, ni tan siquiera si se hubiera venido satisfaciendo el préstamo hipotecario con bienes inembargables, pues no sería posible crear un *tertius genus: exoneración definitiva directa sin liquidación*.

²² FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148

²³ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 149–150.

²⁴ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

²⁵ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

²⁶ *Cfr.*, FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151, que señala: “Esta segunda regla [del artículo 496.bis.2.2.ª TRLC] determinará que la aprobación de los planes de pagos conlleve ajustes en los títulos de constitución de las garantías reales. Suponiendo, en la práctica una reestructuración de la deuda hipotecaria pendiente ...”

