

Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos*

Family house and insolvency in different legislative scenarios

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: No es afortunado afirmar que en una buena parte de los ordenamientos extranjeros la vivienda familiar del deudor está blindada frente a sus acreedores mientras que en España carecemos de protección al respecto. Lo segundo es lamentablemente cierto pero lo primero requiere no perder de vista las múltiples limitaciones y situaciones en las que la vivienda familiar responde por las deudas de su propietario, incluso en esos ordenamientos en los que la casa goza de una protección específica. En este trabajo se analizan diferentes escenarios legislativos focalizando la atención en el ordenamiento español en el que pudiera recibir una mayor tutela el arrendatario de una vivienda declarado

* Este estudio se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i DER2013-48825-R, titulado «PERSPECTIVAS Y RETOS EUROPEOS EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES Y DEL MECENAZGO: GOBIERNO, CONTROL PÚBLICO, RESPONSABILIDAD, FISCALIDAD» y cuyo Investigador Principal es el Profesor Juan-Cruz Alli, siendo la IP 2 la autora de estas líneas. Quisiera dedicar este trabajo a mi colega y amiga, la Profesora Moretón Sanz, por la confianza y generosidad que me ha regalado a lo largo de estos casi quince años de avatares académicos compartidos.

insolvente que el propietario en esas mismas circunstancias. Lo cierto es que la pérdida de la vivienda del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de este y la posibilidad de una «segunda oportunidad» sino que no beneficia, en absoluto, los intereses del concurso. Esta filosofía es la que inspira, en España, unas recientes resoluciones judiciales sobre la materia que al no reposar en un claro soporte normativo nos llevan a demandar una reforma legislativa inmediata que permita la conservación de la vivienda familiar hipotecada. Y ello porque la liquidación de la vivienda perjudicaría, también, a los acreedores hipotecarios que asistirán, si se abre un *fresh start*, a la remisión de toda aquella deuda que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía.

ABSTRACT: It is not correct to say that a good part of foreign jurisdictions the debtor family housing is shielded from its creditors while in Spain lack of protection in this regard. The second statement is unfortunately true but the first one requires studying the multiple constraints and situations where the family home is responsible for the debts of its owner even in those systems where the house has special protection. In this paper we analyze different legislative scenarios focusing on the Spanish system where it could receive greater protection the tenant of a house declared insolvent that the owner in the same circumstances. The truth is that the loss of housing not only harms the debtor's personal and family interests and the possibility of a «second chance» but that does not benefit at all, the interests of the creditors. This philosophy is what inspires some recent court decisions in Spain on this matter without a specific regulatory support. This lack lead us to demand immediate legislative reform that allows the conservation of the mortgaged family home because liquidation of housing could prejudice also mortgagees, after an eventual fresh start, because of the remission of all that debt that has not been satisfied with the performance of warranty.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Insolvencia de persona física. Concurso. Segunda oportunidad. Descarga hipotecaria.

KEY WORDS: *Homestead. Insolvency. Bankruptcy. Fresh start. Discharge.*

SUMARIO: I. PRELIMINARES.—II. EL DERECHO AL USO DE LA VIVIENDA DEL *FALLITO* EN ITALIA.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA: 1. LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR EL CONCURSADO. 2. LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DEL CONCURSADO. A) *La vivienda familiar no sujeta a gravamen hipotecario.* B) *La vivienda familiar hipotecada.*—IV. LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD SOBRE LA

VIVIENDA FAMILIAR EN LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. 1. EL FONDO PATRIMONIALE, EL BIEN DE FAMILIA, EL HOMESTEAD, O LA INSAISSABILITÉ DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE. 2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE EMPRENDEDORES DE 2013: UNA SOLUCIÓN PARCIAL Y LIMITADA.—V. FRESH START CONCURSAL Y CARGA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR.—VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINARES

Un pilar fundamental para alcanzar una protección sólida del interés familiar en sede de procedimientos de insolvencia es el de la tutela de la vivienda del deudor. Si bien la vivienda familiar es embargable en el concurso de acreedores español, no olvidemos que también en el procedimiento concursal está regulado un derecho de alimentos, incluso en un escenario de liquidación, cuando sea imprescindible para la atención de las necesidades mínimas del concursado y de su familia más directa. 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* artículo 142, primer inciso, del Código Civil. Igualmente, dentro del elenco de bienes inembargables, regulado en el artículo 606.1.º 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.

Ahora bien, una cosa es la tutela de las necesidades vitales básicas del deudor y otra bien diferente es que el deudor concursado pueda conservar la propiedad de la vivienda familiar una vez que se inicia un procedimiento concursal. Es esta segunda cuestión la que suscita serias dudas, si bien unos recientes pronunciamientos del Juzgado mercantil número 10 de Barcelona introducen alguna novedad en la interpretación de los preceptos concursales aplicables, permitiendo que los concursados (un matrimonio de pensionistas) puedan acceder al beneficio de la exoneración del pasivo pendiente sin haber satisfecho alguno de los créditos privilegiados y sin que la vivienda familiar hubiera sido objeto de liquidación concursal.

Sin perjuicio de que abordemos el contenido de estas resoluciones en el último epígrafe de este trabajo, baste ahora con resaltar lo novedoso de estos Autos que, aun sin una cobertura legal expresa, se atreven —a petición de la administración concursal— 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 nuevo apartado quinto del artículo 178 bis de la Ley Concursal, si se les ha dejado sin la casa, sin «su» casa. Empezar de nuevo, así, puede ser muy complicado. 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 (...)¹. 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 deudor².

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 este 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 las recientes resoluciones judiciales a las que acabamos de referirnos, pero al no gozar de un claro respaldo normativo claman, en mi opinión, una reforma legislativa inmediata que permita la conservación de la vivienda familiar. 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.

II. EL DERECHO AL USO DE LA VIVIENDA DEL FALLITO EN ITALIA

El segundo apartado del artículo 47 de la *Legge Fallimentare* italiana establece, en su regla segunda, que «la casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione della attività».

Se trata del denominado *diritto all'uso della casa di abitazione*. La doctrina italiana considera que en estos casos —a diferencia de lo que sucede con los alimentos— sí que nos encontramos ante un verdadero derecho, un auténtico derecho real de uso³. El derecho está condicionado a la existencia de tres presupuestos: que la casa sea propiedad del quebrado; que estuviese destinada a vivienda de él y de su familia en el momento de la declaración de la quiebra y que el quebrado tenga la necesidad de disponer de ella para la satisfacción de sus necesidades de habitación. En este sentido, el quebrado, propietario de un inmueble alquilado a un tercero, no puede evitar la tácita reconducción del contrato para destinarlo a vivienda propia ni pretender trasladarse a una

vivienda suya no alquilada desde la casa de sus padres donde vivía antes ya de la declaración de quiebra.

Parece que el término «casa» debe comprender también el del mobiliario en ella existente que permita una mínima habitabilidad del quebrado y/o de su familia. Sobre la inclusión del mobiliario de la vivienda habitual de la familia se ha planteado cierto debate entre los que consideran que todo mobiliario queda incluido y aquellos otros que entienden que el mobiliario que está amparado por el derecho de uso del artículo 47.2 LF es, solamente, aquel que abarca los bienes u objetos inembargables, de acuerdo con el artículo 514 del *Codice di Procedura Civile*⁴. Esta segunda posición doctrinal resulta, en mi opinión, más sensata habida cuenta del escenario de crisis en el que nos hallamos y de que las limitaciones al ámbito de actuación de los acreedores de la quiebra no deberían interpretarse de modo demasiado laxo.

El derecho al uso de la casa queda subordinado a la circunstancia de que exista una verdadera necesidad de disponer de la casa para vivir y, en este sentido, no existirá tal necesidad cuando el quebrado pueda disfrutar, en arrendamiento, de una casa perteneciente a las personas obligadas a dar alimentos o cuando pueda vivir en una casa de los mismos obligados, según la normativa civil (art. 433 *Codice Civile*). Sin embargo, no es pacífica esta conclusión, porque es difícil defender la existencia de un poder de los órganos de la quiebra para imponer al quebrado la cohabitación con terceros⁵.

Partiendo, como se ha dicho, de una «*infelice formulazione della norma*»⁶ en la medida en que fija el límite de tal derecho de uso en la «liquidación de la actividad», la Corte Suprema italiana ha interpretado que por tal expresión hay que entender la enajenación del patrimonio inmobiliario constituido por la vivienda habitual del quebrado⁷. Se ha admitido, en la doctrina italiana, que la administración de la quiebra tiene el poder de vender la casa de propiedad del quebrado, incluso antes de la fase final del procedimiento de quiebra⁸.

Y en un sentido similar, el Tribunal de Mantua, el 9 de febrero de 2011, declaró que el artículo 47, párrafo segundo de la *Legge Fallimentare*, cuando establece que *la casa di proprietà del fallito non può essere distratta dall'uso abitativo fino alla liquidazione delle attività*, no puede ser interpretado en el sentido de que el «curador» de la quiebra esté obligado a vender la casa del quebrado solamente después de haber liquidado el resto de los bienes de la masa de la quiebra. La norma solo obliga al curador a permitir el uso de la casa al deudor hasta que esta no deba ser vendida⁹.

Este pronunciamiento judicial responde a una tendencia doctrinal reciente, favorable a la liquidación de la casa del quebrado en el transcurso del procedimiento —y no al final del mismo— cuando se presenten buenas condiciones de mercado, porque ello contribuye, además, a acelerar el procedimiento, que es uno de los objetivos de la reforma concursal italiana de 2006. Con todo, y partiendo de la imprecisión de la norma italiana respecto al ámbito temporal

de ejercicio del derecho, comparto la opinión de quien considera que la venta de la casa y, en consecuencia, el cese del derecho de uso sobre la misma del quebrado y de su familia debería hacerse tras haber liquidado todo el patrimonio del quebrado¹⁰.

Debería ser, pues, el último de los activos en vender porque, indudablemente, constituye el bien más valioso no tanto por su cuantía cuanto por ser el soporte de la habitación o de la convivencia familiar del quebrado. Y en caso de haberse vendido la vivienda antes que otros activos patrimoniales, habría que procurar, de otro modo, el derecho de habitación al quebrado y a su familia, por ejemplo, a través de la vía del subsidio alimenticio previsto en el artículo 47 LF. Para evitar acudir a esta solución extrema que, de otro lado, perjudica a la masa, es mejor, indudablemente, esperar a enajenar la vivienda familiar hasta el final del procedimiento de liquidación de todos los activos.

Podrá suceder, en la práctica, que la vivienda perteneciente al quebrado sea adjudicada, antes o después de la declaración de la quiebra, al cónyuge en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio. Debe distinguirse el caso en que la adjudicación hubiese sido inscrita antes de la quiebra, la cual sería oponible a esta, con la consecuencia de que la vivienda podría pasar a formar parte de la masa de la quiebra, pero, como inmueble ocupado, su propietario quedaría privado del uso hasta la independencia económica de los eventuales hijos de la pareja; y el caso en el que tal adjudicación del uso de la vivienda no hubiese sido inscrito o hubiese sido inscrita después de la quiebra, en cuyo caso, se equipararía a un arrendamiento no inscrito y sería oponible a la quiebra durante nueve años desde la adjudicación, si bien no es unánime esta consideración porque el 16 de marzo de 2006 entró en vigor, en Italia, la ley de 8 de febrero de 2006 que introduce un nuevo artículo 155 *quater*, aplicable también en caso de divorcio, según el cual la resolución de adjudicación de la casa al cónyuge no titular es susceptible de ser inscrita y, en consecuencia, de ser oponible a terceros a través de tal inscripción, de modo tal que, de no haberse inscrito, resultaría inoponible¹¹.

Particular atención merece la situación en la que la vivienda no sea propiedad del quebrado sino que haya sido arrendada por este. La jurisprudencia italiana, en un primer momento, consideró que el contrato de arrendamiento quedaba al margen de la quiebra y que, por tanto, debía aplicarse el artículo 80 de la *Legge Fallimentare* (sentencia de Casación Civil de 22 de octubre de 1976, número 3770)¹². Sin embargo, más adelante, tal consideración tomó otro rumbo y, actualmente, se entiende que la relación arrendaticia queda excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, número 6424)¹³.

Se trataría, según esta posición, de una relación jurídica de naturaleza estrictamente personal, al amparo del artículo 46.1 de la *Legge Fallimentare*, dirigida a la satisfacción de una exigencia primaria de vida y ajena a los inte-

reses de la masa. Que quede ajena a la masa tal relación jurídica se traduce en que el quebrado puede pagar las rentas necesarias para seguir disfrutando del arrendamiento con aquellos bienes excluidos de la masa de la quiebra, por lo que habrá de reservarse una determinada cuantía de los bienes excluidos para satisfacer las necesidades arrendaticias del deudor y de su familia. Esta importante distinción trazada entre el quebrado arrendatario (que tendría derecho a seguir disfrutando del arrendamiento) y el quebrado propietario que podría verse desprovisto de la casa de su propiedad ha suscitado, en algunos autores, una duda de inconstitucionalidad respecto a una disposición que ofrece una tutela más favorable a quien arrienda que a quien es propietario¹⁴.

Veremos, más adelante, que no es idéntico el tratamiento que la vivienda arrendada recibe en los supuestos de declaración de concurso en España si bien, en líneas generales, consideramos extrapolable a nuestro régimen esta última conclusión, según la cual pudiera recibir una mayor tutela el arrendatario de una vivienda declarado insolvente que el propietario en esas mismas circunstancias.

III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA¹⁵

El tratamiento que la vivienda familiar recibe en la legislación concursal española es notablemente diferente. Si bien el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge, ello no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea su naturaleza, ganancial o privativa del cónyuge concursado.

Con todo, cabe traer a colación, en este escenario, el artículo 6 del Código de Comercio, no derogado expresamente por la Ley Concursal, conforme al cual aquellos bienes comunes que no hayan sido adquiridos a resultas de la actividad comercial podrían escaparse del concurso en la medida en que este sea una consecuencia del ejercicio del comercio¹⁶. Pensemos, pues, en el concurso de un empresario en el que el hogar familiar ha sido adquirido con dinero que no procede de la empresa. De otro lado, el artículo 78.4 de la Ley Concursal se encarga de regular la facultad que permite al cónyuge del concursado atribuirse la vivienda familiar en concurso en la cuota que le corresponda o en la totalidad pagando el exceso. Y de esta última regla —de la que se desprende que la vivienda, al margen de cómo haya sido adquirida, forma parte de la masa activa concursal— creo que debemos colegir una derogación tácita del precitado artículo 6 del Código de Comercio tras la entrada en vigor de la Ley Concursal. La norma concursal no diferencia al concursado comerciante del que no lo es

y, por tanto, no excluye del concurso ni a la vivienda ni a ningún otro bien del concursado adquirido con dinero no procedente del ejercicio del comercio.

En España, se ha puesto de relieve que una de las desventajas del concurso de persona física es la inmediata pérdida de la vivienda familiar, a diferencia de lo que sucede, como hemos visto, en el ordenamiento italiano. Son varios los aspectos que inciden directamente en el poco uso del concurso de acreedores por los particulares en España, y uno de ellos es, precisamente, que la declaración de concurso de persona física no supone la suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda del concursado, principal —y habitualmente— único activo del particular y, a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo del mismo¹⁷. Esta suspensión se aplica únicamente a aquellos inmuebles vinculados a la actividad profesional o empresarial del deudor. En otros términos: aun estando en concurso de acreedores, el particular perderá la vivienda donde habita con la consiguiente merma de su patrimonio. Asimismo, para aquellas personas físicas que se encuentren en concurso de acreedores y vivan en régimen de arrendamiento, el desahucio de la vivienda solo podrá evitarse pagando la totalidad de las rentas debidas, por lo que la declaración de concurso por la propia persona física no aporta ninguna ventaja en este sentido respecto a la no declaración del mismo.

En definitiva, para una persona física con problemas de sobreendeudamiento, cuyo patrimonio principal y único sea su vivienda habitual (incluso viviendo en régimen de arrendamiento), acudir al procedimiento concursal en búsqueda de solución a dichos problemas, significará, casi con toda seguridad, encontrarse a la finalización del mismo sin su hogar familiar. De otro lado, el carácter de vivienda habitual de la familia no justifica un hipotético derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo; y si la vivienda habitual es ganancial, la única vía de la que dispone el cónyuge del concursado para salvaguardar su derecho es la que le ofrece el artículo 78.4 de la Ley Concursal en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales.

A continuación, examinaremos los tres escenarios más relevantes en los que se puede encontrar el concursado en relación a la vivienda familiar, a la luz de la vigente legislación concursal.

1. LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR EL CONCURSADO

Cuando la vivienda familiar del concursado lo es a título de arrendamiento se aplicará el artículo 61.2 de la Ley Concursal, según el cual la declaración de concurso no afectará a la vigencia de contratos con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento. Consecuentemente, aquellas prestaciones a las que esté obligado el concursado, como las rentas o precio de arrendamiento,

se harán con cargo a la masa activa. Y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.2.6.º de la Ley Concursal, las cantidades debidas en concepto de arrendamiento, como las de cualquier otro contrato, tendrían la consideración de créditos contra la masa y, por tanto, para su satisfacción se detraerán de la masa los bienes y derechos (no afectos al pago de los créditos con privilegio especial), necesarios para su pago antes de proceder a pagar los créditos concursales. Con todo, es necesario recordar que tal «etiqueta», de créditos con cargo a la masa, solamente se aplicará a los créditos nacidos por el incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, pues aquellos procedentes del incumplimiento del concursado, cuando todavía no lo era, recibirán el tratamiento propio de los créditos concursales.

Ahora bien, y sin perjuicio de estas consideraciones, el arrendador, a consecuencia del impago de la renta vencida antes o después de la declaración de concurso, puede resolver el contrato e instar el desahucio del arrendatario que haya sido declarado en concurso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62.1 de la Ley Concursal.

E, incluso en el caso en que las rentas se abonen con normalidad, se podría solicitar la resolución (más bien extinción) del contrato de arrendamiento si conviniese al interés del concurso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 61.2.2.º LC. En esta hipótesis se contrapone el interés del concurso que tratará de evitar cualquier menoscabo en la masa activa como el gasto que supone el pago de las rentas y el interés del concursado, y de su familia, de mantener la vivienda para habitación.

Difícil equilibrio el que se plantea en esta situación aunque parece obvio que el interés del concurso parece ser el actualmente predominante si bien la administración judicial no debería adoptar tal decisión de resolución hasta que termine o concluya la fase de convenio. De hacerlo antes, el perjuicio personal ocasionado al concursado y a su familia podría ser muy elevado y habría de ser compensado en la medida en que pesa sobre la masa la obligación de alimentar al concursado y a su familia. Y alimentar es también proporcionar una habitación, de modo que si se «echa» al arrendatario concursado de la vivienda habría que reservarle, con cargo a la masa concursal, las rentas necesarias para pagar otra vivienda que le sirva de cobijo.

En otros términos: las consecuencias de la resolución de un contrato de arrendamiento del concursado, al amparo del artículo 61.2 LC —para todos los contratos con obligaciones recíprocas— y en aras del interés del concurso, revertirán, de nuevo, sobre el concurso, porque, bajo el paraguas del «derecho de alimentos» del concursado y de sus familiares (art. 47 LC), la masa estará obligada a darles alimentos en el amplio sentido que el término tiene en nuestra legislación civil aplicable al caso, al no establecerse otra cosa diversa en la legislación concursal. Es obvio que sea por la vía de los alimentos, sea por la vía del patrimonio inembargable (para satisfacer las necesidades básicas del

deudor), el concursado tendrá derecho a que se le reserven unas cantidades para poder satisfacer las necesidades más elementales y básicas de su vida.

Problemática diversa a la del concursado arrendatario es la del concursado, propietario de una casa, que la arrienda a otra persona como vivienda familiar. En estos casos, la situación más delicada se puede presentar en la fase de liquidación concursal porque en la fase de convenio, al igual que sucede en el caso del concursado arrendatario, el contrato se mantendrá (*ex art. 61.1 LC*), salvo que una de las partes no cumpla con sus obligaciones y pueda solicitarse la resolución, o cuando, en interés del concurso, la administración concursal o el concursado pidan la extinción (*art. 61.2 LC*). En la fase de convenio lo normal es que la relación arrendaticia se mantenga, en la medida en que en nada perjudica al concurso del arrendador un arrendamiento en el que la vivienda pasa a integrar la masa activa y el arrendatario continúa pagando las correspondientes rentas que, igualmente, integrarán, sin perjuicio de los bienes declarados inembargables *ex artículo 76 LC*, la masa activa de ese concurso.

Sin embargo, si se abriese la fase de liquidación y, por tanto, se procediese a la enajenación de todos los activos, incluida la vivienda puesta en arrendamiento por el concursado a un tercero, es obvio que el arrendatario podría ver extinguido su contrato. Ello, naturalmente, salvo en el caso en que el arrendamiento se hallare inscrito en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso resultaría oponible a terceros y también, por tanto, a los acreedores concursales y a quien adquiriera la vivienda liquidada, que deberá respetar el arrendamiento hasta el final de su duración.

Lo mismo sucedería en el caso en que un derecho de uso fuera concedido a los hijos o al cónyuge con quien los hijos permanezcan, en aplicación del artículo 96 del Código Civil para los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Sabiendo que tal derecho de uso es accesible al Registro de la Propiedad y, en consecuencia, oponible *erga omnes*¹⁸, figurará, como tal carga de la vivienda familiar en la lista de bienes formada para el plan de liquidación, al amparo de los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal. Y ello no solo en los casos de adjudicación del uso al cónyuge o conviviente no propietario con quien los hijos, necesitados de protección, convivan, sino también —a mi entender— en los casos en los que el juez considere que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge o conviviente no propietario aun en los casos en que no haya hijos comunes y tal uso acceda al Registro de la propiedad¹⁹. Lo cierto es que el acceso al Registro de la propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial o de pareja pudiera desencadenar la consecuencia de que la vivienda llegase a estar más protegida cuando la pareja o el matrimonio naufraga que cuando todo va «viento en popa».

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento concursal español, donde los efectos del concurso sobre el contrato de arrendamiento son los mismos independientemente de quién sea el concursado (el arrendador o el arrendatario), en

otros ordenamientos, como el italiano, existen diferencias significativas. Así pues, de acuerdo con el artículo 80 de la *Legge Fallimentare*, tras la redacción dada por el Decreto Legislativo de 12 de septiembre de 2007, número 169, si es el arrendador el quebrado, la declaración de quiebra no extingue el contrato y el «*curatore fallimentare*» se subroga en el contrato. Ahora bien, si la duración del contrato de arrendamiento es superior a cuatro años, el curador tiene la facultad de desistir del contrato. Correspondería, en ese caso de desistimiento, indemnizar al arrendatario por los perjuicios ocasionados por tal desistimiento. Si, por el contrario, es el arrendatario el quebrado, el curador puede, en cualquier momento, desistir del contrato, correspondiendo indemnizar al arrendador por el desistimiento anticipado.

Hemos de observar que la facultad de desistimiento existente en el ordenamiento italiano de quiebras, según el cual se puede abandonar el contrato de arrendamiento cuatro años después, en el caso del arrendador quebrado, y en cualquier momento, en caso del arrendatario en quiebra, supone una significativa diferencia respecto al ordenamiento concursal español, donde la extinción del contrato de arrendamiento no puede producirse por el simple y libre desistimiento de la administración concursal y ha de estar justificada o bien en una causa de resolución (por incumplimiento de una de las partes) o bien en interés del concurso.

No obstante, y pese a que las circunstancias que permiten poner fin al contrato de arrendamiento a consecuencia de una declaración de concurso o de quiebra, son bien diversas en los ordenamientos español e italiano, es indudable que, tanto en uno como en otro, va a pesar sobre la masa o sobre los bienes inembargables del deudor la obligación de prestar alimentos al deudor y a su familia, garantizándoles una existencia digna y, por tanto, también un cobijo bajo el cual vivir.

En otros términos, cese o no el arrendamiento, al arrendatario habrá de asegurarse el mínimo vital, en el cual se encuentran las cantidades necesarias para poder vivir bajo un techo digno. De ahí que la Corte de Casación italiana haya considerado, como hemos anunciado, que la relación arrendaticia que recae sobre una vivienda familiar debe quedar excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, núm. 6424) y, al amparo del artículo 46.1 de la *Legge Fallimentare*, han de reservarse los bienes inembargables necesarios para la satisfacción de una exigencia primaria de vida.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DEL CONCURSADO

A) *La vivienda familiar no sujeta a gravamen hipotecario*

Una de las particularidades más relevantes que puede presentar la vivienda familiar libre de carga hipotecaria en el concurso es la paralización de las ejecu-

ciones singulares sobre la misma. El artículo 55 de la Ley Concursal establece que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En consecuencia, no podrá ejecutarse, de modo separado, la vivienda familiar; y todas aquellas actuaciones que contra la vivienda se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).

La paralización de las ejecuciones singulares no solamente beneficia al conjunto de acreedores en concurso y a la *par conditio creditorum* sino que también resulta favorable al deudor en la medida en que se abre la posibilidad de alcanzar un convenio, con quita o espera del crédito que se reclamaba. Como se sabe, la propuesta de convenio deberá presentarse acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, si fuera el caso, los recursos derivados de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, entre los que se puede encontrar la vivienda familiar (art. 100.4 LC).

En consecuencia, la vivienda familiar puede resultar ya enajenada en la fase de convenio pero lo cierto es que mientras no se llegue —si se llega— a la fase de liquidación, el concursado podría conservar el uso de la vivienda familiar. Abierta la fase de liquidación, las cosas empeoran notablemente para el concursado y el plan de liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso afecta también, si no se ha enajenado antes, a la vivienda familiar. La fase de liquidación supone, por tanto, la pérdida de la vivienda familiar con independencia de que el deudor sea de buena o mala fe o haya incurrido en un sobreendeudamiento irresponsable.

Observemos que no dista tanto el tratamiento del uso de la vivienda familiar en el ordenamiento de quiebras italiano de la hipotética conservación de la vivienda en caso de que la propuesta de convenio no haya previsto su enajenación para dar cumplimiento al plan de pagos. Llegados a la fase de liquidación de bienes y derechos, el uso, la conservación de la vivienda familiar cesa en ambos ordenamientos. Sin embargo, es posible conservar la vivienda antes de llegar a ese estadio, en todo caso, en el ordenamiento italiano; y siempre que no se haya previsto la enajenación en el convenio, en el ordenamiento español.

Así pues, resulta curioso —tal vez paradójico— vislumbrar cómo si la vivienda no está hipotecada (y, por tanto, resulta menos costosa y gravosa para el deudor) la ejecución que recaiga sobre la misma se suspende o paraliza y, salvo que se abra la fase de liquidación, el deudor podrá conservar la propiedad de la misma; mientras que recayendo sobre la vivienda una hipoteca (e indudablemente siendo más penosa y gravosa su adquisición) el deudor verá cómo, en principio, la ejecución seguirá adelante y perderá la propiedad de la misma. A ello dedicaremos alguna atención en el siguiente apartado.

B) *La vivienda familiar hipotecada*²⁰

Y si ya la vivienda familiar resulta embargable en concurso, la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en el seno de un procedimiento concursal es uno de los ámbitos en los que se aprecia un trato perjudicial a la insolvencia de la persona física no empresaria respecto a la insolvencia del empresario o profesional.

Como se sabe, la declaración de concurso desencadena la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes del concursado así como la prohibición de nuevas ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, con la salvedad del artículo 55.1 de la Ley Concursal, y solo hasta la aprobación del plan de liquidación, de aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y de aquellas ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado antes de la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ahora bien, la paralización o suspensión de las ejecuciones singulares no afecta a los acreedores que dispongan de una garantía real (art. 55.4 LC en conexión con el art. 56 del mismo texto) quienes, como regla general, podrán iniciar o continuar la ejecución hipotecaria y solamente pierden el derecho de ejecución separada cuando se abre la fase de liquidación (art. 57.3 LC).

Si no fuera porque la Ley Concursal distingue entre bienes afectos y no afectos a la actividad comercial o empresarial del deudor, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar podría quedar en suspenso, a la luz de la regla general del artículo 55.4. Pero, en efecto, el artículo 56.1 dice que *«los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación...»*²¹. De ello se desprende, obviamente, que los bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial quedan fuera del paraguas protector de la norma²². Así sucedió en muchos casos enjuiciados por nuestros tribunales, como, por ejemplo, en el visto por el Juzgado de Primera Instancia número 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 Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), de 18 de abril de 2011, en el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 5.^a), de 28 de junio de 2007 y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3, Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. En todos estos pronunciamientos se reconoce que es

el Juzgado de lo Mercantil el que tiene capacidad para determinar 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.

Con todo, si bien es esta la interpretación efectuada de modo mayoritario por quienes se ocuparon de este tema, no hay que desdeñar la visión de quienes, basándose en que el Anteproyecto de Ley Concursal de 30 de marzo de 2000 no realizaba tal diferencia entre bienes afectos y bienes no afectos, entienden que el vacío normativo hoy existente respecto a los bienes afectos conduce a aplicar a estas ejecuciones la regla general, es decir, la paralización o suspensión de las ejecuciones (arts. 55.1 y 55.2 LC), lo que implicaría la pérdida del privilegio de la ejecución separada²³.

En este sentido, se propone una suerte de interpretación correctora de la Ley Concursal a la luz de la realidad social del momento en que vivimos, siempre que no perjudique el interés del concurso. Tal interpretación consiste en partir de que la excepción prevista en el artículo 55.4 lo es solamente para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, de modo que las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por la regla general del artículo 55.2, es decir, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso. Esta interpretación podría prosperar —se ha señalado— en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, para la problemática de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del concursado²⁴.

Parece sumamente razonable esta posición y, sin duda, la más acorde con los tiempos que vivimos, pero cabe preguntarse por qué no queriéndose que así sean las cosas no se ha aprovechado alguna de las múltiples reformas que se han realizado de la Ley Concursal, desde su aprobación en 2003, para establecer la suspensión o paralización de la ejecución, no solo de los bienes afectos que expresamente ha figurado siempre, sino también de algunos de los no afectos, fundamentales para vivir el concursado, como su vivienda familiar. Sin embargo, no es eso lo que ha acontecido. La Ley concursal se ha reformado en múltiples ocasiones y el artículo 55.4 no se ha tocado para incluir lo que parece razonable, es decir, la vivienda familiar. De otro lado, si inicialmente en un Anteproyecto de la vigente Ley Concursal (30 de marzo de 2000) tanto las ejecuciones sobre bienes afectos como no afectos eran objeto de suspensión y no se establecía distinción alguna entre bienes afectos y bienes no afectos y, luego (Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001), se suprimió la referencia a los «bienes no afectos», será porque a propósito quiso mantenerse tal distinción.

En consecuencia, dudo acerca de si los tribunales efectuarán una interpretación de las normas que lleven a conclusiones diferentes de lo que quiso el legislador, no necesariamente justo.

Y esta distinción —justificada o no— arrastra consecuencias importantes si el concurso finaliza en liquidación, porque, entonces, entiendo que no cabría la posibilidad de que la administración concursal que lo desee acuda a la facultad que le otorga el artículo 155.2 de la Ley Concursal en el intervalo entre la suspensión de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso ante el juez civil, incompetente para el conocimiento de la ejecución desde la declaración de concurso (art. 8.3 LC) y su reanudación ante el juez del concurso, siempre que con ello se pueda obtener algún beneficio para el concurso. Sin embargo, tal vez realizando una interpretación extensiva —que no analógica— del artículo 155.2 de la Ley Concursal, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 10 ha permitido que una administración concursal suspenda, de modo indefinido, la liquidación de un crédito hipotecario sobre la vivienda familiar de dos pensionistas que viven con dos de sus cinco hijos (Autos número 138/2015 y 139/2015, de 15 de abril).

Es indiscutible, a mi modo de ver, la justicia de la resolución, si bien la arquitectura jurídica de estos Autos podría tambalearse en la medida en que la letra de la ley —al menos por el momento— no admite excepcionar la liquidación de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A ello dedicaremos el último de los epígrafes de este estudio porque es cierto que dándose determinadas circunstancias, como estar al corriente del pago de la deuda hipotecaria y la posibilidad de asumir las cuotas hipotecarias futuras, la liquidación de la vivienda debería quedar en suspenso. Pero para ello es necesario demandar una cobertura legal futura a esta situación.

Lo cierto es que no concurriendo las circunstancias que acabamos de anunciar y que dan lugar a esas resoluciones judiciales —nada frecuentes por el momento—, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar seguirá su curso. Y, en este sentido, tampoco la reciente normativa de 2012 sobre protección de deudores hipotecarios hace nada para impedir que el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar prosiga. Tanto el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, como el Real Decreto-ley 27/2012, ambos de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y reforzando el último de los citados la protección frente al desahucio, no otorgan un tratamiento especial a la vivienda familiar y no alteran el procedimiento de ejecución hipotecaria, de modo que aunque se detenga el desahucio, la deuda sigue aumentando y la vivienda será finalmente, antes o después, subastada.

Tampoco impiden la definitiva ejecución de la vivienda ni la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ni la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, que supone la culminación del desarrollo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuya intención es la de regular, en el ámbito que nos ocupa, medidas de prórroga de dos años de la suspensión

de los desahucios sobre viviendas habituales para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, permitiendo la reestructuración de su deuda.

No olvidemos que, debajo de todo ello, late, aunque no sea políticamente correcto decirlo, un problema de sobreendeudamiento de los particulares o, dicho de otro modo menos eufemístico, de endeudamiento irresponsable. Parece que el legislador español —pero tampoco el Parlamento europeo y el Consejo en la reciente Directiva de 4 de febrero de 2014— afrontan la cuestión del sobreendeudamiento, tal vez porque ello podría desencadenar un encarecimiento del crédito. Encarecimiento del crédito que también se vería favorecido si la vivienda —habitualmente el bien inmueble de más valor y, lamentablemente, el único en muchos casos— no fuese susceptible de embargo. Ha sido ya criticado en nuestro ordenamiento que el mercado crediticio en España se asiente, solo, en la composición del patrimonio embargable y que no se tengan en cuenta los denominados «criterios comportamentales», a diferencia de lo que sucede en los países anglosajones²⁵.

IV. LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. EL FONDO PATRIMONIALE, EL BIEN DE FAMILIA, EL HOMESTEAD, O LA INSAISSABILITÉ DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE

Ya hemos anticipado que en el ordenamiento concursal italiano, la vivienda familiar goza de una cierta protección en la medida que en que no se le priva, al quebrado, del uso de la misma de modo automático. Pero también, con carácter general, en Italia puede constituirse el denominado *fondo patrimoniale*, en virtud del cual los cónyuges pueden separar parte de su patrimonio (normalmente la vivienda) y destinarlo a la satisfacción de las necesidades de la familia sin que pueda ser embargado por deudas derivadas de la profesión o actividad empresarial de cualquiera de los cónyuges. Se trata de un patrimonio de afectación, de perfiles similares al *trust* anglosajón, que introduce una importante regla de limitación de la responsabilidad patrimonial universal.

El fondo patrimonial está regulado en los artículos 167 a 171 del Código Civil italiano y viene a sustituir a instituciones históricas como la dote, si bien salvaguardando el principio de igualdad conyugal. Se constituye en escritura pública por uno o ambos cónyuges o por un tercero, a través de la aportación de bienes muebles o inmuebles con el objeto de hacer frente a necesidades familiares. La ventaja que tiene la institución es que los bienes sujetos al fondo patrimonial quedan fuera de la agresión de los acreedores surgidos con posterioridad a la constitución del fondo, siempre que el acreedor conozca que la deuda

se contrae para fines distintos de la atención de las necesidades familiares («*la esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*»), establece el artículo 170 del *Codice Civile*).

Sin embargo, este blindaje de la casa familiar italiana, a través del *fondo patrimoniale*, se ve sensiblemente debilitado a raíz del *Decreto Legislativo* núm. 83/2015, de 27 de junio de 2015. Si, tras esta nueva regla, una persona constituye un *fondo patrimoniale* sobre la casa familiar, por ejemplo, el 1 de marzo de 2016, inscribiéndolo como corresponde y el 1 de julio contrae un préstamo hipotecario y, poco después, deja de pagar, el Banco podrá ejecutar forzosamente el bien del denominado *fondo* en el plazo de un año desde su constitución, es decir, en el ejemplo presentado, hasta el 1 de marzo de 2017, sin necesidad de ejercitar acción revocatoria alguna contra el *fondo patrimoniale*. Se invierte, pues, la carga de la prueba: ya no es el acreedor el que deba acreditar los perjuicios —o el fraude— que el acto del deudor le haya irrogado, sino que es el deudor el que tenga que defenderse de una suerte de presunción de culpabilidad por parte suya. En efecto, el nuevo y extenso artículo 2929 bis del *Codice Civile* establece, en un primer párrafo y con una redacción un tanto pomposa, lo siguiente: «*Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto (...)*».

También en Italia, a partir de una reforma del año 2006, existe el denominado negocio de *destinazione* regulado por el artículo 2645 ter del *Codice*, según el cual cabe la adscripción de bienes muebles o inmuebles por un periodo no superior a 90 años o durante la vida de la persona física beneficiaria, con la intención de salvaguardar intereses dignos de tutela como la protección de las personas con discapacidad, de las Administraciones Públicas u otras entidades o personas físicas. Los bienes adscritos y sus frutos no se pueden usar para un fin diverso de aquel al que han sido destinados y no pueden ser objeto de medidas de ejecución, ni siquiera concursales, salvo por deudas contraídas para ese fin digno de tutela para que el que se han constituido.

Vemos, pues, que tanto el *fondo patrimoniale* como los *atti di destinazione*, con sus fortalezas y debilidades, constituyen patrimonios separados a través de los cuales la vivienda familiar pudiera quedar salvaguardada del *fallimento* de su propietario, cuestión que hoy por hoy no cabría darse en el ordenamiento español.

En el caso de muchos estados de los Estados Unidos de América, la *homestead exemption* permite que una parte o toda la vivienda sea inembargable por

los acreedores y, cuando la exención es parcial, se permite que la vivienda sea ejecutada pero parte del dinero obtenido debe entregarse al deudor. Al parecer, el *homestead* tuvo su origen en el Estado de Texas, por una Ley de 26 de enero de 1839) y, posteriormente, la institución se extendió a otros estados de USA²⁶. El régimen de la *homestead exemption* puede ser legal o voluntario y solo recaerá sobre la residencia o vivienda principal de su propietario. El tipo de protección que ofrecen los diferentes Estados es variable, como veremos a continuación²⁷.

Algunos Estados protegen solamente la propiedad hasta un cierto valor, mientras que otros están condicionados por limitaciones espaciales (en *acres* o unidad de superficie empleada en determinados países). Así, por ejemplo, California protege hasta 75.000 dólares en los casos de personas solteras, 100.000 dólares en casos de parejas casadas, y 175.000 dólares en supuestos de personas con una cierta discapacidad reconocida por la ley. En California, el 23 de febrero del año 2015, se introdujo el denominado *Senate Bill*, aplicable también a supuestos de quiebra, conocido como *SB 308* y cuyo autor es el senador Wiekowski²⁸. Inicialmente, el valor de la casa que quedaba excluido de la ejecución de los acreedores eran 700.000 dólares cuando se trataba de personas de edad y parejas casadas, pero recientemente se redujo a 300.000 dólares. Texas, Florida, Iowa, South Dakota, Kansas y Oklahoma presentan algunos de los más amplios sistemas de protección de la vivienda en los Estados Unidos, no en precio de la casa sino en superficie²⁹. New Mexico excluye de la acción de los acreedores un valor de 60.000 dólares, Alaska 54.000 dólares y Colorado 60.000 dólares, ó 90.000 en los casos de personas de más de 60 años o con discapacidad.

Especial relevancia adquiere, en el marco de este estudio, el *homestead exemption* en los supuestos de quiebra de su propietario. El capítulo 7 de la legislación federal norteamericana (Chapter 7, Title 11 del Código de los Estados Unidos, o *Bankruptcy Code*) prevé la protección de la denominada *equity*, es decir, el valor de la propiedad menos las cargas que recaigan sobre la vivienda principal de la familia. Esa *equity* no podrá ser agredida por los acreedores concursales³⁰. La cuantía protegida por el régimen federal de la *homestead exemption* es de unos 23.000 dólares (ó 46.000 en los casos de parejas casadas), cuantía que se actualiza cada tres años. El sistema de la *homestead exemption* permite, en los casos de quiebra, sustraer una cierta cuantía de la *equity* y protegerla de la masa activa concursal (*bankruptcy trustee*). Así, por ejemplo, si el valor de una casa es aproximadamente 300.000 dólares y pesa sobre la misma una hipoteca de 200.000 dólares, el propietario tendrá una *equity* de 100.000 dólares. Si este propietario vive en un estado en el que su *homestead exemption* es de 75.000 dólares, su *equity* está protegida y los acreedores de la quiebra no pueden perseguir la vivienda de ese propietario. Sin embargo, si ese propietario vive en un estado en el que el valor protegido por su *homestead exemption* es de solamente 10.000 dólares, entonces la masa de acreedores podrán ejecutar esa vivienda y el propietario tendrá derecho a recibir la cuantía de la *homes-*

tead exemption, es decir, 10.000 dólares ya que el resto se destinará a pagar la hipoteca, los créditos concursales y gastos del concurso³¹.

El *homestead exemption* constituye una manifestación de lo que se ha denominado la «inviolabilidad económica del hogar familiar»³², si bien lejos de ser absoluta aparece, en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, con limitaciones importantes, pues, de lo contrario, el mercado crediticio cerraría las puertas a la mayor parte de los particulares que a él se acercasen.

En Francia, existe un expediente de declaración de inembargabilidad de la vivienda del empresario individual, al amparo del artículo 526-1 del Código de Comercio francés. Fue la Ley 2003-721, de 1 de agosto de 2003, la que introdujo la figura en el Código de Comercio francés. Esta Ley, conocida como *loi Dutreil*, estableció un amplio paquete de medidas de política económica, jurídica y fiscal, y entre ellas, la declaración, a través de un acto voluntario y formal, de la inembargabilidad de la vivienda habitual para el empresario o profesional persona física, introduciéndose, así, una importante excepción a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial universal en el ordenamiento francés. El precitado artículo 526 del Código de Comercio fue recientemente modificado a través de la Loi núm. 2015-990, de 6 de agosto de 2015. Establece el precitado artículo que *«les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire (...)»*.

Son dos las principales novedades introducidas por la reforma francesa de 2015: de un lado, los efectos de esta declaración de inembargabilidad de la vivienda se desencadenan respecto, exclusivamente, a los acreedores profesionales del dueño de la vivienda nacidos después de tal declaración. Y, de otro lado, el último párrafo ha experimentado un importante cambio en virtud de la citada ley de 2015 respecto a la redacción dada por la originaria norma de 2003 que exigía, en los casos de vivienda empleada en parte para uso profesional y en parte para uso personal o familiar, un claro estado de división del inmueble que especificase qué parte no estaba afecta al uso profesional, y solamente así se admitía la declaración de voluntad de inembargabilidad sobre tal parte. Con los cambios introducidos por la Ley de 2015 se facilita la declaración al empresario o profesional que quiera «liberar» o declarar inembargable su vivienda o la parte de su vivienda usada para «morar», sin que se exija una declaración de división que especifique la parte destinada a vivienda.

El origen de la declaración de inembargabilidad de la vivienda familiar en el Código de Comercio francés tiene su origen en la regulación del *bien de famille*,

procedente de una Ley de 1909, que tuvo escaso éxito práctico y que luego habría de ser sustituida por la institución a la que acabamos de referirnos, en tanto en cuanto el valor máximo declarado inembargable era de 50.000 francos, es decir, menos de 8000 euros, cantidad realmente insignificante, en relación con el importe de una vivienda, en la Francia —y en la Europa— del siglo XX.

La denominación francesa de «bien de familia» fue tomada, en préstamo, por nuestra América Latina por parte de varios de sus legisladores. Interesante es el caso del legislador argentino, quien durante muchos años reguló esta figura en una Ley de 30 de julio de 1954, denominada «ley ómnibus» 14.394³³. La regulación del «bien de familia» en esta ley fue sustituida por el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, sancionado el 1 de octubre de 2014 y que entró en vigor en agosto del siguiente año³⁴. Las principales novedades del nuevo sistema, que ya no emplea la denominación de «bien de familia», consisten, a mi juicio, en que se extiende la protección a la persona que vive sola y también al conviviente y, por tanto, no solo la familia matrimonial goza de los beneficios de la oponibilidad de la inscripción de la vivienda familiar. Esta oponibilidad rige respecto a los acreedores posteriores a tal inscripción, exceptuando determinados créditos como los derivados de los gastos de la propia vivienda o los alimenticios (arts. 244 y sigs.). De otro lado, se prevé expresamente la subrogación real que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que proceda del seguro o de una expropiación.

Y, de especial relevancia para este estudio, el nuevo régimen resuelve problemas discutidos en la doctrina argentina como el relativo a la quiebra del titular de la vivienda familiar y la confluencia de acreedores anteriores y posteriores a la inscripción o afectación del «bien de familia»³⁵. Se adopta el criterio según el cual el activo liquidado pertenece solamente a los acreedores anteriores a la inscripción de la vivienda, como bien «afecto» especialmente protegido³⁶. Y si quedase remanente, este se entregaría al propietario, de modo que el síndico de la quiebra carecería de legitimación para instar el remate. En consecuencia, son dos los principios inspiradores del tratamiento de la vivienda familiar en un proceso concursal: de un lado, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores anteriores a la afectación y a los posteriores exceptuados; y, de otro lado, y de acuerdo con la subrogación real establecida en el nuevo artículo 248, *«la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio»*, de modo tal que si sobra algo de la ejecución de la vivienda, el remanente no podrá ir a parar a la masa de la quiebra porque, en virtud del principio de subrogación real legalmente establecido, también ese importe resulta especialmente «afectado».

Aparte de esta protección específica derivada de la afectación de la vivienda, el nuevo Código Civil y Comercial argentino establece un régimen genérico

de inembargabilidad de la vivienda familiar respecto de deudas posteriores al matrimonio o a la inscripción de la unión convivencial que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o por uno con el asentimiento del otro (arts. 456, 522 Código Civil y Comercial de la Nación). Igualmente, las ropas y los muebles de uso indispensable y los instrumentos para el ejercicio profesional de los miembros de la familia (art. 744 a) y b) del Código Civil y Comercial) quedarían excluidos de embargo.

Con todo, no descuidemos el importante detalle de que una deuda hipotecaria que recaiga sobre la vivienda familiar —o cualquier otra que se haya contraído con el consentimiento conjunto de los cónyuges— podrá dar lugar a un embargo de la vivienda familiar, habida cuenta de que la deuda hipotecaria como cualquier otra que requiera una disposición de los derechos que se tengan sobre la vivienda familiar requerirá el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, según el primer párrafo del artículo 456.

Todas estas limitaciones de la responsabilidad patrimonial universal del deudor no tienen buena acogida en el ordenamiento español, donde, como se sabe, no pueden constituirse fundaciones para fines privados o fundaciones familiares, ni fiducias o *trusts*. Muy distinta es la filosofía anglosajona donde la figura del *trust* da cobijo a limitaciones de responsabilidad sin finalidad altruista o suficientemente justificada. Ante ello, es indudable pensar en el contraste que existe, *prima facie*, en cuanto a la protección de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento respecto a algunos de los ordenamientos que hemos examinado anteriormente.

No obstante, considero que este contraste es más aparente que real y no sería afortunado afirmar que en una buena parte de los ordenamientos extranjeros la vivienda familiar está blindada mientras que en España carecemos de protección al respecto. Lo segundo es lamentablemente cierto pero lo primero requiere no perder de vista las múltiples limitaciones y situaciones en las que la vivienda familiar responde por las deudas de su propietario.

Vamos a referirnos a algunas de esas restricciones. Podríamos sintetizarlas en dos grupos: unas de carácter subjetivo y otras objetivas.

Las primeras —las subjetivas— son patentes en el ordenamiento francés —y también en la nueva Ley española de apoyo a los emprendedores, como veremos a continuación— en tanto en cuanto solamente determinados sujetos se podrán ver favorecidos por la citada declaración de inembargabilidad de la vivienda familiar: los empresarios o profesionales. El resto de personas físicas, consumidores todos, pero que no tengan la cualidad de empresarios o profesionales no podrán beneficiarse de la norma del artículo 526 del Código de Comercio francés. De otro lado, a la importante limitación subjetiva que acabamos de enunciar hay que añadir otra restricción derivada de la naturaleza de las deudas contraídas por ese empresario o profesional: solamente es inembargable la residencia familiar por las deudas de carácter profesional.

Las restricciones de índole objetiva se pueden hallar en el sistema norteamericano del *homestead exemption* y es que, en términos generales y en casi todos los estados de USA, la protección frente al embargo de la vivienda familiar se limita —solo— a una parte del valor de la vivienda y, cuando la vivienda integra la masa concursal de su propietario, la protección frente al embargo se restringe a la denominada *equity*, es decir, primero hay que determinar el valor de la vivienda sin las cargas que recaigan sobre la misma y, respecto a esa diferencia, se protege una parte, en función del *homestead exemption* de cada estado.

Mucho más amplia es, sin duda, la protección que unos cuantos ordenamientos iberoamericanos —y, singularmente, la nueva regulación argentina— dispensan al hogar familiar, donde no encontramos ni las limitaciones objetivas ni las subjetivas que acabamos de reflejar. Con todo, este régimen de afectación de la vivienda familiar no es oponible a un grupo de acreedores que, sin duda, serán de los más frecuentes en la realidad socio económico contemporánea, esto es, aquellos que tienen una garantía real sobre el inmueble y, en concreto, los hipotecarios.

En consecuencia, la protección de la vivienda familiar frente a la agresión de los acreedores, lejos de ser absoluta, tiene relevantes cortapisas en todos los sistemas, como no podría ser de otro modo si queremos que el crédito familiar fluya con cierta facilidad. Cuestión diferente es que no debiera darse un automatismo en la ejecución de este bien —ni siquiera en fase de liquidación de los activos por un concurso o quiebra— y deberían orquestarse mecanismos que permitan que las familias puedan acometer un plan de pagos razonable respecto a determinados activos de singular relevancia.

2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE EMPRENDEDORES DE 2013: UNA SOLUCIÓN PARCIAL Y LIMITADA

Y, en España, lo más cercano a estos expedientes de inembargabilidad de la vivienda familiar lo podemos hallar en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, con origen en el derecho francés, una de cuyas principales ventajas es que la vivienda habitual de tal «emprendedor» no responde de sus deudas³⁷.

Ahora bien, la no embargabilidad de la vivienda familiar es, en realidad, una excepción, que acontece solamente en determinados casos, ya que la vivienda habitual puede resultar embargada por deudas que no sean empresariales o profesionales, pero también por deudas tributarias o de la Seguridad Social (pensemos que en el caso del emprendedor estas pueden representar un porcentaje nada desdeñable); por deudas que no traen causa de la actividad empresarial; por deudas anteriores a la constitución como Emprendedor de Responsabilidad

Limitada, salvo que consientan los acreedores la renuncia a embargar el bien; cuando la vivienda es propiedad del cónyuge del emprendedor; cuando la vivienda que sea propiedad del Emprendedor de Responsabilidad Limitada no sea la que este usa como residencia; si se traslada a otra vivienda habitual que ya no cumpla alguno de los requisitos legales, es decir, si la vivienda tiene un valor superior a 300.000 euros (ó 450.000 euros en viviendas de más de un millón de habitantes)³⁸.

La medida regulada en el artículo 8 de la Ley de Emprendedores no es, en sentido estricto, una limitación de responsabilidad sino una «declaración de inembargabilidad» de la vivienda habitual.

Son tantas y tan relevantes las excepciones que abocan al embargo de la vivienda familiar que el número de acreedores a los que afectaría queda reducido y fuera de los proveedores, pocos más van a ser los «perjudicados» si pensamos que, en el caso de los Bancos, no serán muchos los que concedan créditos sin que el deudor renuncie a su condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada.

«Mucho ruido y pocas nueces» sería uno de los dichos castizos que mejor resumirían este aparente beneficio de la Ley de Emprendedores consistente en que la vivienda familiar no se embarga. En otros términos: convertirse en Emprendedor de Responsabilidad Limitada requiere un proceso lo suficientemente complejo como para medir si compensa el esfuerzo. Posiblemente la figura de la *société limitée unipersonal* permite, con menos parafernalia, proteger no solamente la vivienda habitual sino todo el patrimonio del emprendedor y frente a todo tipo de acreedores. En efecto, de este modo se separaría del patrimonio personal o familiar un patrimonio empresarial de afectación al pago de todas las deudas empresariales.

Con todo, no hay que descuidar los aspectos delicados y complejos de delimitar los patrimonios de afectación, así como su transparencia contable y publicidad registral, inconvenientes todos ellos que llevaron, en Francia, al denominado Informe Champaud, a petición del Gobierno francés, de 26 de octubre de 1977, y al Informe Roux, también a petición del Gobierno francés, en noviembre de 2008, y posterior a la Ley francesa de modernización de la Economía, de 4 de agosto de 2008, que introdujo en el Código de Comercio francés la posibilidad de declarar la inembargabilidad de bienes inmuebles determinados —entre ellos la vivienda familiar— por deudas empresariales, modificando el artículo 526 del Código de Comercio francés³⁹.

La estela de la norma mercantil francesa la seguía, en nuestro país, la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, en mayo de 2008, con un régimen que podríamos denominar de «afectación negativa» o de inembargabilidad de concretos bienes inmuebles no sujetos a la responsabilidad empresarial. Y el artículo 7 de la Ley de Emprendedores sigue, aunque tímidamente, este modelo⁴⁰. De

un sistema de afectación positiva a las deudas empresariales se pasaría a un modelo de afectación negativa, delimitando lo que no se puede embargar por tal tipo de deudas.

Ahora bien, así como la reciente ley española de emprendedores solamente contempla la posibilidad de acogerse a la denominada «inembargabilidad» de la vivienda familiar, el Código de Comercio francés regula tanto la declaración de inembargabilidad como el patrimonio de afectación profesional. La declaración de inembargabilidad cristaliza en el artículo 526-1 del Código de Comercio, ya citado, según el cual una persona física inscrita en un registro de carácter profesional o que ejerza una actividad profesional agrícola o independiente puede declarar inembargables sus derechos sobre el inmueble de su residencia principal así como todo bien inmueble, edificado o no, que no haya afectado a su uso profesional. Si el declarante está casado en algún régimen de comunidad de bienes, debe acreditar que su esposa conoce la declaración de inembargabilidad al inscribir esta en el Registro de publicidad legal de carácter profesional. La declaración de inembargabilidad debidamente inscrita produce efectos frente a los acreedores cuyos créditos nazcan después de la inscripción. Observemos que igual sucede en el caso de la inscripción del denominado *bien de familia* —ahora «vivienda»— en el ordenamiento argentino. La declaración de inembargabilidad es oponible al concurso de acreedores del declarante con tal de que se haya publicado antes de la liquidación concursal y no puede considerarse hecha con fraude aunque el declarante estuviera en situación de sobreseimiento en los pagos, salvo que se pruebe que este no podía ignorarlo⁴¹. Si el bien sobre el que recae la declaración de inembargabilidad ha sido adjudicado al otro cónyuge a consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial, la declaración de inembargabilidad sigue pesando sobre el bien adjudicado al otro cónyuge. No obstante, si el declarante fallece se desencadena la revocación de la declaración de inembargabilidad, por tratarse de un derecho personalísimo del declarante.

Además de la declaración de inembargabilidad, existe en el ordenamiento francés el denominado patrimonio de afectación profesional creado por la Ley número 2010-658, de 15 de junio de 2010, que da una nueva redacción al artículo 536-6, párrafo 1.º del Código de Comercio, de modo que todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin necesidad de crear una persona jurídica. Existe una separación total entre el patrimonio afectado y el personal con la consecuencia de que los acreedores del patrimonio afectado no pueden dirigirse contra el patrimonio personal ni los acreedores personales pueden perseguir el patrimonio afecto o profesional. Las diferencias entre la declaración de inembargabilidad del artículo 526-1 del Código de Comercio y el patrimonio empresarial afecto son claras: con la primera se excluye, del embargo por deudas contraídas en el ámbito de la actividad empresarial, la vivienda residencia principal y otros inmuebles

concretos del patrimonio; con la segunda figura se sujeta a responsabilidad por deudas empresariales un determinado patrimonio (con su activo y pasivo)⁴².

Pues bien, como decíamos anteriormente, la ley española de apoyo a los emprendedores sigue la senda de la primera de las figuras del ordenamiento francés, descrita en las líneas precedentes si bien con muchas excepciones que, como hemos anticipado, tal vez desnaturalizan la pretensión de una supuesta «limitación de la responsabilidad». De otro lado, no perdamos de vista que una interpretación literal de la norma haría que una vivienda de 300.020 euros resulte ejecutable en su integridad. Ello ha llevado a algunos autores a plantearse que, al amparo de una interpretación teleológica, la limitación de responsabilidad opera solo hasta la cuantía establecida en la norma, resultando embargable el exceso⁴³. Y así, por ejemplo, podríamos encontrarnos con una vivienda de lujo inscrita a nombre del «emprendedor» y de su cónyuge, casados en régimen de gananciales. Según esta interpretación, el valor de la vivienda hasta 300.000 euros podría quedar exento de ejecución y el resto sería embargable. Sin embargo, algunos autores entienden que «con ello no se respetaría el principio de no hacer inembargable una vivienda de lujo que es —al parecer— la *ratio legis* de este régimen y se estarían lesionando los intereses de los acreedores, más allá de lo que dispone la Ley»⁴⁴.

Es importante subrayar que el Código de Comercio francés no establece un límite cuantitativo a la inembargabilidad de la vivienda habitual, dejando a la libre decisión del emprendedor el determinar qué bienes inmuebles (fácilmente identificables y no afectos a la actividad empresarial) separa de la responsabilidad negocial. Ello ha sido interpretado como una pretensión del legislador español favorable a la protección de los pequeños emprendedores con patrimonios modestos⁴⁵. Pese al respeto que nos merece tan autorizada opinión, no creo que la norma del artículo 8 de la Ley de Emprendedores tenga la finalidad de excluir de embargo aquellas viviendas que tengan como valor 300.020 euros o 301.000 euros por lo que, en mi opinión, lo razonable es que tales viviendas no resulten embargables sino en lo que excedan del límite legal establecido. De otro lado, el hecho de que el ordenamiento francés no fije un límite máximo a la declaración de inembargabilidad seguramente ha de ser interpretado como una protección al empresario, con independencia de cuál sea su peculio, lo cual no es óbice para que también en España el emprendedor que tenga un gran patrimonio pueda acogerse a este régimen de inembargabilidad hasta el límite legalmente establecido.

Otra cuestión de cierta trascendencia que suscita la nueva normativa de emprendedores con respecto a la vivienda habitual es la relativa a la venta de esta vivienda. El precio recibido en la venta parece ser embargable salvo, claro está, que, inmediatamente, se reinvierta en otro inmueble destinado a vivienda habitual, cosa que, con seguridad, sucederá de modo inmediato ya que al emprendedor le interesa el beneficio normativo de la inembargabilidad

de la vivienda habitual. Y hablando de beneficios, lo razonable es cuestionarse si tal beneficio es renunciable, cuestión que «a vuela pluma» seguramente desencadena una respuesta positiva. Ahora bien, la susceptibilidad de renuncia a tal beneficio podría ser aprovechada por algunos acreedores que obligarían a renunciar al emprendedor para poder conseguir la financiación deseada. Por ello, algún autor considera que «el derecho a la responsabilidad limitada consistente en declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual para fomentar la actividad emprendedora es irrenunciable»⁴⁶.

Además de los escollos que han sido apuntados, tal vez el más importante sea que, aun cuando el presunto emprendedor quiera someter su vivienda habitual a la declaración de inembargabilidad, no siempre será posible —mejor dicho, raramente será posible— pues lo frecuente será que ese emprendedor viva en una casa que está hipotecada por el Banco que le concedió el préstamo para adquirirla.

Sin perjuicio de los efectos futuros que tenga la nueva normativa de emprendedores sobre la protección de la vivienda familiar, efectos que, ahora —por falta de perspectiva histórica— no podemos evaluar, lo cierto es que la premisa, con carácter general, sigue siendo la del carácter embargable de la vivienda. Se ha planteado una posible descarga hipotecaria o *fresh start* a través del procedimiento concursal de la persona física⁴⁷. Una suerte de *fresh start* con muchas excepciones y límites se ha instaurado, a raíz de la Ley de Emprendedores de 2013, pero habrá que esperar al Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, para que exista una verdadera descarga o exoneración de la deuda hipotecaria pendiente una vez ejecutada la garantía sobre el bien afecto.

El nuevo artículo 178 bis, bajo el título de *beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, prevé una serie de exoneraciones de deudas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, cuando el deudor sea de buena fe; y la buena fe se presume cuando concurren determinadas circunstancias reguladas en el apartado tercero de este precepto. Una de ellas supone la satisfacción en su integridad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados y de un 25 por ciento de los ordinarios. Ahora bien, cabe la posibilidad —y esta es una de las relevantes novedades introducidas por el artículo 178 bis— de que no se hayan podido satisfacer todos los créditos contra la masa o los privilegiados, en su integridad, y entonces, se dulcifican esos requisitos y, respecto a los créditos hipotecarios, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada. Ello puede aligerar notablemente la carga hipotecaria del deudor pero supone una previa ejecución de la vivienda familiar.

La cuestión que se planteará el deudor, en este escenario, es si tendrá alguna posibilidad de recuperar la vivienda familiar en el seno del procedimiento concursal y liberarse de parte de la carga o deuda hipotecaria. Tal vez el artículo

155.4 LC, modificado por el número noventa y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, le abra una puerta a la esperanza porque permite vender activos con privilegio especial (pensemos, por ejemplo, en una vivienda gravada con una hipoteca), siempre que el precio sea igual o superior a una tasación oficial actualizada y efectuada por entidad homologada⁴⁸. Ello será relativamente frecuente en la realidad contemporánea porque lo normal será que el precio de la tasación sea inferior al que el deudor pagó en su día.

Será, pues, posible que, a través de un tercero, podamos recomprar nuestra vivienda a valor actual de mercado y evadir, así, el pago de parte de la carga hipotecaria que quede pendiente, en virtud del nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal. Posible será pero probable no tanto en la medida en que deben darse determinadas condiciones, primero, en la economía del concursado para poder hacer frente a esa recompra y, segundo, en ese tercero para que esté dispuesto a vender lo que ha comprado en condiciones nada despreciables.

Por ello, lo ideal sería que el concursado no pierda su vivienda hipotecada y continúe satisfaciendo su deuda, solución esta dada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona y que, como veremos, no satisface todos los gustos.

V. *FRESH START* CONCURSAL Y CARGA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Es lamentablemente frecuente el denominado «concurso» de matrimonios. Y frecuente es la práctica, en nuestros tribunales, consistente en solicitar la declaración judicial de concurso voluntario de uno y otro cónyuge y, al mismo tiempo, la acumulación de ambos concursos en un mismo procedimiento. Si se acordase la acumulación se seguirán en un único procedimiento los dos concursos acumulados. Ahora bien, manteniendo cada concurso su individualidad, la vivienda familiar —si fuera ganancial— deberá ser incluida en la masa activa de cada uno de los concursos acumulados y deberán coordinarse ambos concursos respecto a las actuaciones que recaigan sobre la misma⁴⁹. Ya hemos señalado, a lo largo de este trabajo, que en fase de liquidación concursal, la casa, como el resto de bienes embargables y, por tanto, conformadores de la masa activa del concurso, está abocada a su enajenación y pérdida por parte de su propietario —o propietarios— en concurso.

Sin embargo, unos recientes Autos del Juzgado Mercantil de Barcelona pudieran abrir alguna puerta a la esperanza de conservar la propiedad de la vivienda familiar —incluso en fase de liquidación concursal— por parte de deudores concursados cuando se den determinadas circunstancias. En efecto, los autos núm. 138/15 y núm. 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, un matrimonio de jubilados, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras el pago de más de 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 ese 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 Ley Concursal⁵⁰.

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 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 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 número 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 activos 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 Ley Concursal 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 nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal, en su apartado quinto, segundo inciso.

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* hipo-

tecario regulado en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los casos de ejecución hipotecaria fuera de concurso 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; y 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 endeudarse⁵¹. 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 «deudor de buena fe» para obtener tal beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal.

La motivación que subyace en esta resolución judicial del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona es que la realización forzosa de la vivienda supondría mayores perjuicios que beneficios para el «interés del concurso». Y en esto estoy plenamente de acuerdo por lo que luego veremos. Se ha señalado, en relación 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 insatisfecho⁵². 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 estos 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 señalado que el valor de realización no cubriría la deuda pendiente y que la nueva situación de los deudores (sin vivienda y con riesgo de exclusión social) seguramente perjudicaría sus expectativas de cobro⁵³. 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 Ley Concursal 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 muy deseable *de lege ferenda* pero a través de un molde legal que no está previsto —de momento— para la casa del concursado.

Algo similar ocurre en el ordenamiento alemán de quiebras donde parece que los administradores concursales tienen la posibilidad de «liberar» (bajo su responsabilidad) elementos de la masa activa cuando su realización no comporta ningún beneficio para el concurso. Y tampoco en el ordenamiento alemán existe una previsión legal expresa aunque el Tribunal Supremo viene reconociendo (desde la sentencia de 21 de abril de 2005) la facultad del administrador concursal de liberar elementos de la masa con base en el parágrafo 32 III de la InsO (Ordenanza alemana de Insolvencia, *Insolvenzordnung*) cuando, tras examinar la situación económica del concurso, se aprecia que la realización de un determinado bien no arroja ganancias. En estos casos, se puede esperar a vender el bien devolviéndole al deudor las facultades de disposición, con sus respectivas cargas y obligaciones, de modo que el deudor podría continuar pagando la hipoteca, con cargo a su salario no embargable, o hacerlo un tercero por él⁵⁴. Solución esta muy razonable, desde mi punto de vista, si bien requiere un anclaje normativo sólido que, en estos momentos, considero que no existe en nuestro ordenamiento —pero tampoco en otros como el alemán o italiano— y de lo que se desprende que los legisladores europeos son reticentes y reacios a regular expresamente la liberación de determinados bienes de la liquidación concursal por lo delicado de los intereses en juego.

Tal como anticipábamos, 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 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 acreedores— y el único beneficiado de ello será el acreedor a quien el deudor tendrá que seguir pagándole⁵⁵.

En realidad, excepciones a la liquidación en caso de bienes sujetos a privilegio especial las hay. El artículo 155.2) de la Ley Concursal establece 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 necesarios para la actividad profesional o empresarial 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. Hay excepciones pero, según la ley concursal hoy vigente, solo las relativas a bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Este es, en mi opinión, el principal tropiezo del Auto. Si no fuera por esto, no habría, en mi opinión, razones para pensar que la ejecución de la vivienda es lo más conveniente para el concursado, por la posterior exoneración de la deuda hipotecaria pendiente; y que no ejecutar la vivienda solamente reporta beneficios al acreedor hipotecario, perjudicando la igualdad de trato respecto a los otros acreedores. No creo que fuere así. 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, esta 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 esta, hubiere remanente suficiente, cosa que no será altamente frecuente en la realidad social contemporánea.

En definitiva, excluir a la vivienda de la liquidación y ejecución concursal beneficia al acreedor en la medida en que en la fase postconcursal, si el deudor pudiese acceder al beneficio de exoneración del pasivo, podría seguir cobrando las deudas pendientes porque estas solamente quedan exoneradas si el bien se realiza. Pero, además de beneficiar al acreedor, beneficia, sobre todo, al deudor concursado y a su familia porque puede conservar la casa, uno de sus bienes más valiosos, económica y afectivamente, y es, así, más fácil que pueda tener una segunda oportunidad a través del beneficio de exoneración de deudas porque manteniendo la casa puede desprenderse de otros activos que le permitan, una vez liquidados, hacer frente a una serie de créditos que le abran la puerta del

fresh start. Parece, pues, muy razonable regular la facultad de la administración concursal de excluir la vivienda de la liquidación cuando enajenarla no comporta ningún beneficio para el concurso y cuando los concursados podrían hacer frente al pago de las cuotas con cargo a sus bienes inembargables.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. Enajenar forzosamente la vivienda familiar del concursado no solo perjudica el interés familiar sino que no beneficia, en absoluto, al concurso. Y ello, fundamentalmente, por dos razones: de un lado, hay que alimentar igualmente al concursado y a su familia y habrá que hacerlo con cargo a la masa, pagándole un alquiler que le permita vivir bajo un techo. Incluso en los casos de liquidación, existe una obligación de satisfacer los alimentos cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y de determinados familiares especialmente próximos. Así lo establece el artículo 145.2 de la Ley Concursal, después de una modificación efectuada en el año 2011 que desencadena que la liquidación concursal no suponga una extinción automática de la prestación alimenticia.

II. Es indudable que pesa sobre la masa o sobre los bienes inembargables del deudor la obligación de prestar alimentos al deudor y a su familia, garantizándole una existencia digna y, por tanto, también un cobijo bajo el cual vivir. En otros términos: si al arrendatario o al propietario de una vivienda se lo deja sin la casa, del concurso habrá que extraer fondos para asegurar el mínimo vital de él y de su familia, bien a través de la masa bien a través de la reserva de bienes inembargables necesarios para la satisfacción de una exigencia primaria de vida. Ello lleva a poner en tela de juicio el automatismo en la ejecución de la vivienda familiar del que parte la legislación concursal española porque, causando un perjuicio al deudor, puede suceder que no se genere un beneficio para el concurso porque el importe de la liquidación de la casa que ingrese en el podrá verse contrarrestado con las cantidades necesarias para «alimentar», en el amplio espectro del término «alimentos», al concursado y a su familia.

III. De otro lado, si hay un *fresh start* o segunda oportunidad de la persona física, los acreedores se verán perjudicados si el concursado y su familia no tienen lo indispensable para vivir. Por ello, en el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, el Banco Mundial proporciona una guía para construir o desarrollar un sistema moderno de insolvencia y, entre los objetivos, se fija el de permitir que los deudores, que reciben la exoneración de deudas y salen de la insolvencia obteniendo una segunda oportunidad, puedan conservar suficientes bienes para poder satisfacer sus necesidades domésticas después de la insolvencia, para ellos y para sus familias⁵⁶.

El problema es que, en el actual panorama legislativo, no encuentra una clara acogida la opción de la administración concursal de pedir la paralización de la ejecución hipotecaria, *ex* artículo 155.2 LC, pagando, con cargo a la masa, las correspondientes cuotas e impidiendo, así, que el deudor tenga que abandonar su vivienda. Opción esta que sí está prevista para los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. Parece evidente que en determinadas circunstancias en las que el deudor pueda continuar haciendo frente a la deuda hipotecaria y en las que la enajenación de la vivienda no beneficia al concurso porque el producto de la misma no cubre el importe de la deuda contraída y, por tanto, esa deuda pendiente podrá quedar exonerada, sería conveniente que el legislador se plantease la suspensión de la liquidación de la casa familiar. En mi opinión, esta medida beneficia no solamente al acreedor hipotecario al que se le seguirá pagando la deuda sino, y sobre todo, al deudor y a su familia cuyo interés reside en mantener esa vivienda y no otra.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala Primera) de 10 de marzo de 1998
- STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 2001
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de julio de 2005
- Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca de 25 de mayo de 2010
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), de 18 de abril de 2011
- Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 5.^a), de 28 de junio de 2007
- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004
- Autos del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona, núm. 138/15 y núm. 139/2015, de 15 de abril de 2015

BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS, R. (2008). El concurso de los cónyuges en gananciales o impropriadamente el concurso del matrimonio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 9, 17-41.
- CUENA CASAS, M. (2009). Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física. En: *Aspectos civiles de Derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, pp. 4 y sigs.

- (2009). La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 223-240.
 - (2014). Crisis matrimoniales simuladas para proteger la vivienda familiar. Disponible en <http://hayderecho.com/2014/12/15/crisis-matrimoniales-simuladas-para-proteger-la-vivienda-familiar/>
 - (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31,158.
 - (2015). 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/>
- CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. 2.^a ed. Madrid: Thomson-Civitas, p. 90.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2011). La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 8, 3557-3586.
- FLAH, Lily: La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en www.nuevocodigocivil.com
- FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2006). En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho Francés. En: S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. Barcelona y Madrid: Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, p. 416.
- GOMÁ LANZÓN, F. (2013). El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de «derecho inútil». Disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/>
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.
- GRASA, D., REOLON, L. y NORIEGA, M. (2015). 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*, núm. 36, 449-468.
- GUGLIELMUCCI, L. (1986). Degli effetti del fallimento per il fallito. En: G. Ferra y L. Guglielmucci (dir.), *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare*, vol. 3, art. 42-50. Bologna: Zanichelli, p. 161.
- HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, 185-206.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 10.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2011). Bien de familia y Registro de la Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 11-30.
- MESA MARRERO, C. (2011). La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 167-178.

- MORACE PINELLI, A. (2010). *Disposizioni generali. Fallimento*. En A. Nigro, M. Sandulli, M., y V. SANTORO. *La legge fallimentare dopo la riforma*. Torino: Giapichelli Editore, p. 703.
- MORETÓN SANZ, F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 1747-1767.
- PAJARDI, A. (1998). Codice del fallimento. En: M. Bocchiola y A. Paluchowski (dir.), *Codice del fallimento*. Milán: Giuffrè (p. 533).
- PARISI, p. (2010). *Alimenti al fallito e alla famiglia*. En: C. Cavallini (dir.), *Commento alla legge fallimentare*. Roma: Egea, pp. 974-977.
- PERALTA MARISCAL, L. (2005). *Régimen del Bien de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PETTARIN, G. y CACCIAGUERRA, G. (2001). Problema in tema di diritto del fallito all'abitazione (Cassazione, 30 aprile 2000, numero 7142). *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Parte Prima*, 706-720.
- PETTIT, C. y PLATTE, V. (2011). Homestead exemptions in bankruptcy after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. Disponible en <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R40891.pdf>
- TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>
- TESCARO, M. y ZACCARIA, A. (2013). Commentari articoli 46-47 Legge Fallimentare. En: Maffei Alberti (dir.), *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 6.^a ed., Padova: Cedam, p. 242.
- VICENT CHULIÁ, F. (2014). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 33. Disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete-publicaciones/docs/1404208439es.pdf

NOTAS

¹ 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.

² Vid., igualmente, el precitado informe del Banco Mundial, *ibidem*.

³ Vid. TESCARO, M. y ZACCARIA, A. (2013). Commentari articoli 46-47 Legge Fallimentare. En: Maffei Alberti (dir.), *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 6.^a ed., Padova: Cedam, p. 242; también GUGLIELMUCCI, L. (1986). Degli effetti del fallimento per il fallito. En: G. Ferra y L. Guglielmucci (dir.), *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare, vol. 3, art. 42-50*. Bologna: Zanichelli, p. 161.

⁴ Puede verse anunciado este debate en PAJARDI, A. (1998). Codice del fallimento. En: M. Bocchiola y A. Paluchowski (dir.), *Codice del fallimento*. Milán: Giuffrè, p. 533.

⁵ Así, GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pp. 160 y sigs.

⁶ Vid., PETTARIN, G. y CACCIAGUERRA, G. (2001). Problema in tema di diritto del fallito all'abitazione (Cassazione, 30 aprile 2000, numero 7142). *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Parte Prima*, 706-720.

⁷ Vid., sentencia de Casación Civil de 17 de marzo de 1958, número 869.

⁸ Vid., TESCARO y ZACCARIA, *op. cit.*, p. 309.

⁹ Vid. www.ilcaso.it, en el archivo del Tribunal de Mantova.

¹⁰ Así lo defiende MORACE PINELLI, A. (2010). Disposizioni generali. Fallimento. En A. Nigro, M. Sandulli, y V. Santoro. *La legge fallimentare dopo la riforma*. Torino: Giapichelli Editore, p. 703.

¹¹ Vid. TESCARO y ZACCARIA, *op. cit.*, p. 311.

¹² Según el texto del artículo 80, vigente en ese momento, «*il fallimento del locatore, salvo patto contrario non scioglie il contratto di locazione d'immobili, ma il curatore subentra nel contratto. In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un giusto compenso, che nel dissenso fra le parti è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per il compenso è privilegiato a norma dell'art. 2764 del codice civil*».

¹³ Véanse tales referencias en PARISI, p. (2010). *Alimenti al fallito e alla famiglia*. En: C. Cavallini (dir.), *Commento alla legge fallimentare*. Roma: Egea, pp. 974-977.

¹⁴ Vid., estas reflexiones en PETTARIN Y CACCIAGUERRA, *op. cit.*, p. 709.

¹⁵ Para un tratamiento general completo de esta cuestión, vid. HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, 185-206.

¹⁶ El texto del artículo 6 del Código de Comercio, del que pudiera establecerse esta primera conclusión, establece que «*en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*».

¹⁷ Así, CUENA CASAS, M. (2009). Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física. En: *Aspectos civiles de derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, pp. 4 y sigs.

¹⁸ Vid., sobre esta oponibilidad el exhaustivo trabajo de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.

¹⁹ Tal como ha sucedido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de julio de 2005 o, para el caso de las parejas estables, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de marzo de 1998 y la de 27 de marzo de 2001.

²⁰ Para un estudio interesante sobre la financiación de la vivienda familiar en la actual coyuntura de crisis económica, vid., MORETÓN SANZ, F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 1747-1767.

²¹ La determinación de si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del Concurso, según reza el apartado quinto del artículo 56 LC.

²² Vid., a título de ejemplo, CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. 2.ª edición. Madrid: Thomson-Civitas, p. 90; y, también, CUENA CASAS, M. (2009). La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 223-240.

²³ Esta es la posición adoptada por JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011), Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 10.

²⁴ Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T., *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵ Vid., CUENA CASAS, M. (2014). Crisis matrimoniales simuladas para proteger la vivienda familiar. Disponible en <http://hayderecho.com/2014/12/15/crisis-matrimoniales-simuladas-para-proteger-la-vivienda-familiar/>. Nos recuerda CUENA CASAS el interesante dato de

que nuestra legislación de protección de datos personales no permite el acceso a información crediticia positiva de los particulares.

²⁶ Así, FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2006). En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho Francés. En: S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. Barcelona y Madrid: Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, p. 416.

²⁷ Toda esta información sobre el *homestead* ha sido recabada en el siguiente enlace web https://en.wikipedia.org/wiki/Homestead_exemption

²⁸ Puede verse esta información en http://www.leginfo.ca.gov/pub/15-16/bill/sen/sb_0301-0350/sb_308_bill_20150223_introduced.html. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016.

²⁹ Así se puede ver en <http://www.lawchek.net/resources/forms/que/homestead.htm>

³⁰ PETTIT, C. y PLATTE, V. (2011). Homestead exemptions in bankruptcy after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. Disponible en <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R40891.pdf>

³¹ *Vid.*, el siguiente enlace web <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/bankruptcy-homestead-exemption-protect-home-equity.htm>. (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016).

³² FUGARDO ESTIVILL, *op. cit.*, *ibidem*.

³³ Sobre el derogado régimen del bien de familia, puede consultarse, entre otros, PERALTA MARISCAL, L. (2005). *Régimen del Bien de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

³⁴ Puede verse FLAH, Lily: La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en www.nuevocodigocivil.com

³⁵ Destacan, en este ámbito, los trabajos de KEMELMAJER DE CARLUCCI y, en concreto, KEMELMAJER, A. (2011). Bien de familia y Registro de la Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 11-30.

³⁶ En efecto, el nuevo artículo 249, bajo el título de «Efecto principal de la afectación», establece que *«la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo»*

³⁷ *Vid.*, GOMÁ LANZÓN, F. (2013). El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de «derecho inútil». Disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/>

³⁸ El texto del artículo 8 de la conocida como Ley de emprendedores establece lo siguiente: *«1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley.*

2. Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil.

En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior.

3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, que se pretende no haya de quedar obligado por las resultas del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo.

4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable»

³⁹ Vid., www.lexisnexis.fr.pdf

⁴⁰ Deberían verse las interesantes referencias comparadas en VICENT CHULIÁ, F. (2014). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 33. Disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf

⁴¹ Vid., la sentencia del Tribunal Comercial de Pontoise, de 12 de julio de 2007, citada por VICENT CHULIÁ, http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 16.

⁴² Vid., VICENT CHULIÁ, F. *op. cit.*, p. 18.

⁴³ Así, PRATS ALBELTOSA citado por VICENT CHULIÁ http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 22.

⁴⁴ Así, VICENT CHULIÁ, http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 22.

⁴⁵ Igualmente, VICENT CHULIÁ, p. 23.

⁴⁶ VICENT CHULIÁ, p. 24.

⁴⁷ Vid. TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>

⁴⁸ En efecto, el apartado cuarto del artículo 155 establece que «La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen 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 (...)».

⁴⁹ Sobre el concurso de ambos cónyuges se han ocupado autores como BLANQUER UBEROS, R. (2008). El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 9, 17-41; MESA MARRERO, C. (2011). La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 167-178; o CUADRADO PÉREZ, C. (2011). La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 8, 3557-3586.

⁵⁰ Una magnífica síntesis y análisis de estas resoluciones judiciales podemos encontrarla en GRASA, D., REOLON, L. y NORIEGA, M. (2015). 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*, núm. 36, 449-468.

⁵¹ *Vid.* CUENA CASAS, M. (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31,158.

⁵² *Vid.*, GRASA, REOLON y NORIEGA, *cit.*, p. 447.

⁵³ *Ibidem*, donde se cita alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH)

⁵⁴ Así lo reflejan GRASA, REOLON y NORIEGA, *ibidem*.

⁵⁵ Así lo expone CUENA CASAS, M. (2015). 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/>

⁵⁶ Puede verse este Informe en el siguiente enlace web (Fecha de Consulta: 1 de marzo de 2016) http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf.

*(Trabajo recibido el 14-3-2016 y aceptado
para su publicación el 5-4-2016)*