

ciales y estructurales que se han producido desde la promulgación de nuestro Código y que ya han tenido reflejo en distintos ámbitos en nuestro ordenamiento.

concordance with the social and structural changes that have happened since the Civil Code was enacted and that have already been reflected in different areas of our legislation.

1.7. Concursal Civil

**EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CONCURSO DE ACREDITADORES
(CON INCLUSIÓN DE LAS NOVEDADES QUE PRESENTA
EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, DE 17 DE DICIEMBRE
DE 2010)**

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO.—II. LA VIVIENDA FAMILIAR LIBRE DE GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. LA INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGULARES. 3. LA PROPUESTA DE CONVENIO. 4. LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR SUJETA A GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. SU INCLUSIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN SU INTERSECCIÓN CON UN PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO. 3. UNA INTERPRETACIÓN POSIBLE, DE ACUERDO CON EL ELEMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL, EN TANTO SE PROCEDE A LA MODIFICACIÓN DE LA LC. 4. OTRAS ALTERNATIVAS.—IV. CONCLUSIONES: EL DEUDOR HIPOTECARIO, OLVIDADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO

La vivienda familiar es la edificación usada ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos); aquella edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda, que proporciona a la familia no solo cobijo, sino además seguridad e intimidad, y donde aquélla desarrolla sus actividades cotidianas.

Caracteriza a la vivienda familiar la nota de habitualidad (espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento). Pero puede ocurrir que existan dos o más viviendas habituales de la familia (por ejemplo, los padres residen en una localidad y los hijos en otra donde cursan sus estudios, o uno de los cónyuges se desplaza por motivos laborales durante la semana a otra localidad, reuniéndose con su familia los fines de semana). En estos supuestos excepcionales en que realmente la vida cotidiana y habitual de la familia se desarrolle en más de un espacio físico, además de la nota de habitualidad, el concepto

estricto de vivienda familiar requiere para su completa delimitación de otra nota que debe ser la de que se trate de la vivienda usada *con carácter principal*. En principio, parece que quedarían fuera del concepto de vivienda familiar, las que podemos denominar segundas residencias o residencias de recreo, por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia (por ejemplo, vivienda a la que se desplaza la familia durante los fines de semana).

Del mismo modo que la STS de 19 de septiembre de 2005, considera que no cabe ninguna duda de que *no cabe aplicar a las parejas de hecho las disposiciones del Código Civil, referidas específicamente a la relación matrimonial, considerando por ello inaplicable a estas parejas el artículo 96 del Código Civil (obsérvese, a este respecto, la literalidad del art. 96 del CC, y la ubicación del art. 1320 del CC, dentro de las Disposiciones Generales del Régimen Económico-Matrimonial), el beneficio del artículo 78.4 LC, así como la interpretación que propondremos para el caso de ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, y el uso del derecho de rehabilitación del crédito hipotecario contemplado en el artículo 693.3 LEC no podrán hacerse extensivos a las parejas de hecho* (1).

Vamos a estudiar el tratamiento que recibe la vivienda familiar *propiedad* de los cónyuges, con ocasión de la insolvencia familiar, es decir, del endeudamiento contraído por los cónyuges o por uno de ellos en su condición de consumidores (2).

(1) Como señala ALBALADEJO: «...los vínculos que ligan a las personas que componen la familia... son: o el vínculo de parentesco matrimonial de sangre, o el de parentesco político (llamado parentesco de *afinidad*), o el vínculo conyugal. Así que la familia se edifica o sobre el matrimonio o sobre el parentesco procedente del matrimonio». Hay «familiares parientes (así los padres e hijos matrimoniales) y familiares no parientes (los esposos) y parientes no familiares (los padres e hijos no matrimoniales)». (ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho de Civil*, IV. *Derecho de Familia*, 8.^a ed., José María Bosch Editor, S. L., Zaragoza, 1997, págs. 9 y 10). Por otro lado, la Jurisprudencia del TS mantiene una orientación, que con escasas y no bien fundamentadas excepciones, ha negado a las uniones de hecho heterosexuales los efectos económicos del matrimonio, lo mismo que los derechos sucesorios del cónyuge en la herencia del otro (DÍEZ PICAZO). Así en sentencia de 10 de diciembre de 1994, que resume la doctrina jurisprudencial anterior señala que: «las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes» y que no puede admitirse la semejanza, base de la analogía entre ambas, ya que unas y otras ofrecen considerables diferencias. Mientras las uniones *more uxorio* son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las uniones matrimoniales no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, lo que acontece, por ejemplo, con la creación del estado jurídico de casado que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*. Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado por el artículo 14 CE, es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respectos de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma, igualdad que no se da en el presente caso. El Tribunal concluye entendiendo que no es posible la aplicación analógica a las uniones *more uxorio* de la regulación de los regímenes económico-matrimoniales, *pues ello supondría una auténtica creación judicial del Derecho* en materia de regímenes económico-matrimoniales, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del Código Civil en general, y su ordinal sexto en particular. *La misma creación judicial del Derecho se produciría si preceptos relativos a la vivienda familiar se aplicasen a las uniones more uxorio*.

(2) Entendemos por consumidor, siguiendo a BLANQUER UBEROS, «la persona natural que no es un empresario ni un profesional, o cuando si ejerciese estas actividades su

La vivienda familiar puede ser propiedad *privativa o exclusiva* de uno de los cónyuges o *pertenecer a ambos por cualquier tipo ordinario de cotitularidad* (ajeno al régimen matrimonial de bienes). *En estos casos se incluirá en la masa activa del cónyuge concursado, su propiedad o cuota de titularidad* (arts. 76.1 y 77.1 LC). El bien o derecho se incorporará a la submasa privativa, si el concursado está casado en régimen de gananciales u otro de comunidad (art. 86.3 LC).

Si la vivienda es ganancial o pertenece en régimen de comunidad matrimonial al concursado y su cónyuge, la inclusión en la masa activa depende de lo previsto en el artículo 77.2, que indica: «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa [activa], además, los bienes gananciales o comunales cuando deban responder de obligaciones del concursado*». Dándose el supuesto, la vivienda familiar entraría en la submasa ganancial (3).

El problema que vamos a estudiar en este trabajo es el del destino que pueda tener la vivienda familiar propiedad del concursado o del matrimonio, en el curso del procedimiento de concurso, cuando la misma está libre de cargas hipotecarias, pero es objeto de embargos o apremios singulares, así como cuando la misma está afecta por un gravamen hipotecario objeto de la ejecución especial hipotecaria.

resultado careciese de relieve significativo en relación con el conjunto de los ingresos del sujeto» (BLANQUER UBEROS, R., «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (Coord.), Ed. Aranzadi, 1.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 292. Ciertamente, también cabe que, siendo el concursado persona física casada, sea al mismo tiempo empresario individual o profesional. En tales supuestos puede plantearse el problema de que la vivienda familiar no esté destinada exclusivamente a la habitación de la familia sino al desarrollo de esa actividad empresarial o profesional, o artesanal o artística (ocupando al efecto algunas habitaciones o dependencias) surgiendo el problema de si el bien ha de considerarse o no, bien afecto a la actividad empresarial, a los efectos de que si sobre el mismo recae una garantía hipotecaria, pueda paralizarse o suspenderse la ejecución de ésta (arts. 55.4 y 56 y 57 LC). Evidentemente, también puede plantearse este problema en el caso del concursado consumidor, según la definición anterior.

(3) Para los casos de declaración conjunta de concurso de los cónyuges (art. 3.5) y acumulación de concursos (art. 25.3), vid., el trabajo de CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», en *Familia y Concurso de acreedores*. CUENA CASAS, M. (Coord.), 1.^a ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010. Nosotros tendremos presente el concurso de uno solo de los cónyuges. El Anteproyecto de LC redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma integral de la LC crea un nuevo Capítulo III en el Título I de la Ley, relativo a los concursos conexos. Se prevé que podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso, aquellos deudores que sean cónyuges. Igualmente, el acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges. Por otro lado, cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados de los cónyuges. En defecto de solicitud por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

II. LA VIVIENDA FAMILIAR LIBRE DE GRAVAMEN HIPOTECARIO

1. LA INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

La vivienda familiar, libre de gravamen hipotecario, que pertenece en propiedad al concursado o al matrimonio en alguna de las formas expuestas antes, entrará en la masa activa del concurso, en los términos explicados antes. Nada lo impide, dado que no se trata de un bien inembargable (art. 606.1.º LEC) y queda sujeta a la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). El carácter de vivienda familiar no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda familiar es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de rescatar tal vivienda es el que le brinda el artículo 78.4 LC. Señala este precepto: «*Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad cónyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, o abonando el exceso*» (4).

2. PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGULARES

Como señala el artículo 55 LC, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (aunque podrán continuarse los procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales, señaladas en el art. 55.1.2.º). Por lo tanto, tampoco contra la vivienda familiar propiedad del concursado. Las actuaciones que se hallaran en tramitación (contra la vivienda familiar del concursado) quedarán en suspensión *desde la fecha de la declaración de concurso*, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC). Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 55 serán nulas de pleno derecho (art. 55.3). Ahora bien, como el artículo 568 LEC señala que el Secretario Judicial decretará la suspensión de la ejecución, en el estado en que se halle, *en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso, cabe preguntarse desde qué fecha produce efectos la suspensión y desde cuándo se entenderán nulas las actuaciones*. El caso se planteó en el supuesto resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.º), de 8 de marzo de 2010 (5).

(4) Habría que determinar más detenidamente, qué se entiende por vivienda habitual a efectos de este precepto. Es decir, si se incluirían en el mismo solo la vivienda principal o por el contrario, las varias viviendas habituales de la familia.

(5) Señala el Auto que la LC descarta la acumulación de las ejecuciones al concurso y opta por impedir que se inicien nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor desde la declaración de concurso y por la suspensión de las ejecuciones en tramitación. El momento procesal que determina la aplicación de estas reglas, según el artículo 55.2, es la fecha de la declaración del concurso, pero el artículo 568 LEC fija el momento de la suspensión en el de la notificación al Juzgado, por lo que adopta un momento posterior. La descoordinación de ambos preceptos es evidente, ya que se habla de una notificación que la LC no tiene prevista. El Juzgado solo podrá decretar la suspensión *cuando conozca de la existencia del concurso* y lo que hay que determinar es *desde qué momento las actuaciones*.

Las soluciones del artículo 55.1 y 55.2 LC se corresponden con un principio tradicional del Derecho procesal, consistente en que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. El artículo 55 está en clara consonancia con el artículo 51.1 LC. Ningún acreedor puede instar una vía de ejecución paralela e independiente del procedimiento de ejecución general previsto para el caso de concurso, porque ello supondría un claro ataque al principio *par conditio creditorum* y a los intereses generales de la masa (6). Por otro lado, hay que tener en cuenta las previsiones de los artículos 49 y 76 (principios de universalidad de la masa pasiva y activa), a los que serían contrarias las ejecuciones aisladas. Esta solución resulta favorable también a los intereses del deudor, que ve así abierta la posibilidad de que se alcance un convenio, con quita o espera del crédito que se reclamaba.

ciones ejecutivas carecen de validez, si desde la fecha de la declaración de concurso o desde que el Juzgado acuerda la suspensión, y aunque ésta no sea una cuestión pacífica, existen razones que llevan a este Tribunal a dar preferencia al artículo 55 LC y por ende a dar prioridad al dato objetivo de la fecha de la declaración del concurso. La interpretación contraria implicaría primar el interés particular del acreedor singular de esa ejecución sobre el interés general del concurso, lo que no es admisible.

Aplicando el anterior criterio al presente caso, en el que con fecha de 14 de abril de 2009 se dictaron sendos autos por el Juzgado de lo Mercantil, declarando en concurso a los ejecutados junto con sus esposas, las actuaciones que se hallaban en tramitación quedarán en suspenso, tal y como se ha acordado por el Juzgado de instancia, pero desde la fecha de declaración de concurso, y ello sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito que nos ocupa.

En consecuencia, habiéndose dictado con fecha 16 de abril de 2009, auto por el Juzgado de Primera Instancia, ratificando el embargo de los bienes descritos en la demanda y acordando liberar los oficios y despachos para su efectividad, así como liberar mandamientos a los Registros de la Propiedad, a fin de que se proceda a la anotación preventiva de embargo de los inmuebles, propiedad de los ejecutados, tal provéido, posterior al auto declarando los dos concursos, no deja de ser una mera actuación que elude el tratamiento paritario que se pretende obtener con el procedimiento concursal, y por ello de conformidad con el artículo 55.3.º LC ha de ser declarado nulo, acordando por ello la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde la fecha de 14 de abril de 2009, así como el levantamiento inmediato de todas las medidas de garantía y embargos trubados sobre los bienes, propiedad de los ejecutados, realizados con posterioridad a tal fecha, reponiendo los mismos a su estado original.

(6) MAIRATA LAVINA, Jaime, «Comentario al artículo 55 LC. Ejecuciones y apremios», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C., y ALCOCER GARAU G. (Directores), Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 697 y 698.

Como señala CUENA CASAS: «el fundamento de esta prohibición de iniciar ejecuciones o apremios es obvio: sin ella sería ilusoria la satisfacción de los acreedores conforme a la clasificación y preferencias legalmente establecidas en caso de concurso... La esencia del proceso concursal es lograr una satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente sustituyendo las acciones individuales por un procedimiento colectivo por virtud del cual todos los acreedores puedan cobrar sus créditos en la medida de lo posible. Se trata de evitar que el acreedor, que inicia antes la ejecución, se beneficie frente al resto de acreedores que, ordenadamente, se someten al principio de igualdad de trato. Por ello, la paralización de acciones individuales es imprescindible para que se logren los objetivos del proceso concursal. Los acreedores no pierden por ello ningún derecho, pues podrán insinuar sus créditos en el proceso concursal y, caso de que éste concluya por inexistencia de bienes y derechos, podrán iniciar o continuar sus ejecuciones singulares en el caso de que no se declare la reapertura del concurso». CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho Privado en contextos de crisis. Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1 de 2009, págs. 217 y 218.

3. LA PROPUESTA DE CONVENIO

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 105 LC (7) podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio. Dicha propuesta anticipada de convenio se aprueba mediante adhesiones de los acreedores, sin necesidad de convocar Junta de Acreedores en la fase común del concurso (art. 109 LC) (8).

Si no se aprueba la propuesta anticipada de convenio, se procederá, de acuerdo con el artículo 111, a la apertura de la fase de convenio, cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en la Sección 3.^a del Capítulo I del Título V de la LC. El juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso (9), abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la Sección 5.^a

La propuesta de convenio (anticipada o en fase de convenio) contendrá proposiciones de quita y espera, que deberán estar comprendidas en los límites legales, artículo 100.1, debiendo respetarse también las limitaciones del artículo 100.3 LC. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, entre los que puede encontrarse la vivienda familiar (art. 100.4 LC).

Una vez que el convenio sea aceptado por los acreedores, deberá aprobarse judicialmente para adquirir plena eficacia (art. 127 LC). Los acreedores, a la

(7) Este artículo, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, establece: «*No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:*

1.^a Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, o contra los derechos de los trabajadores...».

(8) El apartado 1 del artículo 109 ha sido modificado por la Ley para la implantación de la Oficina Judicial 13/2009, en el sentido de que el Secretario judicial (y no el propio Juez) verificará si las adhesiones presentadas por los acreedores alcanzan la mayoría legalmente exigida, proclamando el resultado mediante decreto. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o de liquidación, según corresponda.

(9) La fase común se abre con el auto de declaración de concurso (art. 21.2), durante la cual los administradores concursales, nombrados en el auto, que hayan aceptado el cargo, elaboran el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, debiendo presentar su informe en el plazo de dos meses, a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos. Durante esta fase también se produce la insinuación de los créditos en el concurso. Es decir, su comunicación, para que el acreedor concursal (art. 49) se transforme en acreedor concurrente y su crédito sea objeto de reconocimiento, clasificación y calificación, y pueda así elaborarse la lista de acreedores.

hora de aprobar el convenio, tendrán en cuenta también los posibles ingresos futuros que pueda adquirir el concursado. Según BLANQUER ÚBEROS, el problema es que, dada su condición de consumidor, su capacidad de adquisición de bienes en el futuro que no sean inembargables y que le permita atender los compromisos del convenio, será limitada. Por otro lado, dada su condición de consumidor, también considera prácticamente imposible que se dé el supuesto del artículo 100.5 LC. Esto puede dificultar, entiende, que los acreedores acepten el convenio. Sin embargo, consideramos nosotros, todo dependerá del caso concreto, y *a priori* no pueden establecerse conclusiones al respecto.

Si el convenio fuese cumplido, la situación tendría un final feliz, dada la eficacia novatoria del convenio (art. 136 LC). Si el convenio es incumplido, se procede a abrir la fase de liquidación, la cual también se abriría, en los casos de los artículos 142 y 143 de la LC, entre ellos, si no se hubiese presentado una propuesta de convenio, si la presentada no hubiese sido aceptada por los acreedores o si la aceptada no se hubiese aprobado o hubiese sido rechazada por el juez. *Mientras no se llegue a la fase de liquidación, el concursado conserva el uso de su vivienda familiar [si no se previó su enajenación como recurso para el cumplimiento del convenio] que queda pendiente de la evolución del procedimiento de concurso y sujeta a la posibilidad de su enajenación en el curso de la fase de liquidación* (10) (11).

4. LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Abierta la fase de liquidación, vencen anticipadamente los créditos concursales aplazados (bajo el Código de Comercio de 1885 vencían con la declaración de concurso), de acuerdo con el artículo 146 LC. La administración con-

(10) BLANQUER ÚBEROS, R., «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», *op. cit.*, pág. 300.

(11) La LC no prevé un procedimiento *especial* aplicable al concursado consumidor. Únicamente en el artículo 190 LC prevé que el juez aplicará un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural y la estimación inicial de su pasivo no supere los 10.000.000 euros. Pero dicho procedimiento especialmente simplificado (abreviado) consiste simplemente en que los plazos previstos en la LC para el procedimiento ordinario se reducen en este caso a la mitad; el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y que la administración concursal estará integrada por un único miembro (art. 191 LC). La Exposición de Motivos del citado Anteproyecto de LC, de 17 de diciembre de 2010, indica que la reforma regula un verdadero procedimiento abreviado. Sea esto o no exacto, se da nueva redacción al Capítulo II del Título VIII (arts. 10, 191, 191 bis y 191 ter). Se señala que el Juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso reviste escasa complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1.^a Que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores. 2.^a Que la estimación inicial del pasivo no supere los 5.000.000 de euros. 3.^a Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea persona natural, el Juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. El Juez podrá aplicar también el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio.

En todo lo no regulado expresamente en el Capítulo II del Título VIII se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario. Las especialidades del procedimiento se contienen en el artículo 191. El 191 bis contiene especialidades particulares para el caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio.

cursal presentará al juez un plan de liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, y por lo tanto, de la vivienda familiar. De no aprobarse un plan de liquidación, se aplicarán las reglas legales supletorias que la LC prevé para la liquidación (art. 149 LC). De acuerdo con la regla 3.^a de dicho artículo, los bienes y derechos del concursado consumidor se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. El producto de la realización de la vivienda familiar, así como de los demás bienes y derechos del concursado se destinará al pago de los créditos contra la masa, prededucibles (art. 154.1 LC) y de los créditos concursales por el orden previsto (art. 155 a 158 LC). La fase de liquidación, conlleva, pues, inexorablemente la pérdida de la vivienda familiar, como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, sea el deudor concursado un deudor de buena fe (que hubiese procedido rectamente al contraer sus obligaciones) o un deudor de mala fe, o que ha incurrido en un sobreendeudamiento irresponsable (art. 1911 CC) (12).

(12) El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, ha introducido mediante un artículo 142 bis la posibilidad de liquidación anticipada. El deudor podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa hasta los quince días siguientes a la presentación del informe por la Administración concursal. De la propuesta se da traslado a la Administración concursal para que proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. El escrito de evaluación o modificación, si se emite antes de la presentación del informe, se unirá a éste. Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara después de emitido el informe, el escrito de evaluación o modificación de la Administración concursal y la propuesta anticipada de liquidación se notificarán en la forma prevista en el artículo 95.2.^o LC. Las partes personadas y demás interesados podrán formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en el plazo y condiciones establecidas en el artículo 96.1. El Juez, a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 LC y los intereses del concurso, resolverá mediante auto rechazar o aprobar la liquidación anticipada, bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones en la misma. *El auto que apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144, se producirán los efectos propios de la misma, y se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas.* El pago a los acreedores se efectuará en los términos de lo establecido en la Sección 4.^a del capítulo II del título V de la LC. *El juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas*, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. Es de notar que la iniciativa para presentar la propuesta anticipada de liquidación queda reservada al deudor, a diferencia de lo que acontece en la fase de liquidación respecto al plan, que únicamente puede formularlo la administración concursal, pues en la fase de liquidación el órgano técnico sustituye al deudor (art. 145.1 LC).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de LC señala que en el nuevo texto se estructura de manera distinta a como lo hacía la LC, la apertura de la fase de liquidación (necesidad de concluir la fase común para abrir la fase de liquidación ordinaria), lo que hace, dice *innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada* y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. De este modo, mientras la fase de convenio continuará abriéndose, salvo convenio anticipado o solicitud de liquidación, cuando finalice la fase común, *la fase de liquidación se abrirá tan pronto como el deudor solicite su apertura.* Según el artículo 142 (concurso ordinario), *el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento y dentro de los diez días siguientes a la solicitud, el Juez dictará auto abriendo la fase de liquidación* (la apertura de oficio de la liquidación se regula en el art. 143 LC).

III. LA VIVIENDA FAMILIAR SUJETA A GRAVAMEN HIPOTECARIO

1. SU INCLUSIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

Trataremos el problema centrándonos en el concurso de uno de los cónyuges. Si se declara el concurso solo del cónyuge propietario del inmueble

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 148 LC, el plan de liquidación se presentará al Juez por la Administración concursal en el informe o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (¿pero debe haberse declarado antes el concurso, elaborado el inventario y la lista de acreedores?). La pregunta no es baladí pues, según la nueva redacción del artículo 142, el deudor puede solicitar la liquidación en cualquier momento.

Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Oficina Judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el Juez, según estime conveniente para el interés del concurso resolverá, mediante auto, aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.

De acuerdo con el artículo 156, en la nueva redacción que le da el Anteproyecto, el Juez podrá autorizar el pago de los créditos con privilegio general [teniendo presente el art. 154] *sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación. Igualmente, el artículo 157.1 prevé que el Juez podrá también autorizar el pago de créditos ordinarios antes de que concluyan las impugnaciones promovidas [por lo tanto, en la fase común], adoptando en cada caso las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación.*

Parece, pues, que operaciones liquidatorias pueden realizarse en la fase común del concurso (además, de acuerdo con la nueva redacción que se da al art. 96, cuando las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores afecten a menos del 20 por 100 del activo o del pasivo del concurso, el Juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad. La misma previsión se recoge en el artículo 191 para el procedimiento abreviado).

En el procedimiento abreviado (art. 191 en la redacción dada por el Anteproyecto) se prevé que el plazo para presentar propuestas ordinarias de convenio finalizará cinco días después de la presentación del informe del administrador concursal. Si en dicho plazo no se hubiera presentado propuesta de convenio, el Secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación, requiriendo a la Administración concursal para que presente el plan de liquidación en diez días (apertura de la liquidación de oficio).

Como en todo lo no regulado expresamente en el capítulo dedicado al procedimiento abreviado, se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario, cabe preguntarse si la solicitud de liquidación por el deudor en *cualquier momento* es también aplicable aquí, al procedimiento que se rija por el artículo 191 y al que se rija por las especialidades del artículo 191 bis (en cuanto al art. 191 ter está previsto para el caso de que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento. Para este caso el Anteproyecto prevé que el Juez *acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación. [¿Pero antes de la declaración de concurso?]*).

En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, señala el artículo 178, en la redacción dada por el Anteproyecto. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acre-

destinado a vivienda familiar, el bien se incluirá en la masa activa, sin que para ello sea necesaria intervención alguna, ni consentimiento del otro cónyuge. La doctrina entiende que el artículo 1320 del Código Civil solo se refiere a los actos de disposición voluntarios por parte del cónyuge propietario, pero no a la enajenación forzosa, por lo que puede embargarse la vivienda habitual por los acreedores del propietario deudor y consecuentemente, puede incluirse sin problemas en la masa activa del concurso.

Cuando la vivienda familiar sea ganancial o pertenezca a los cónyuges en comunidad conyugal, y se declare en concurso solo a uno de ellos, se incluirá en la masa activa el inmueble destinado a vivienda habitual, siempre que se dé el condicionamiento fijado en el artículo 77.2 LC.

2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN SU INTERSECCIÓN CON UN PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO

La supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto de Ley Concursal (13) durante su tramitación parlamentaria ha suscitado una serie de problemas interpretativos en torno al régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, la vivienda familiar del concursado, destacándose dos posturas en la doctrina.

dores se equipara a una sentencia de condena firme. El Anteproyecto no acoge, pues, el llamado *fresh start* o segunda oportunidad (por la que se concedería quita por el Juez del importe pendiente de pagar tras la liquidación, inmediatamente, o tras un plan de pagos a verificar en ciertos años) para el deudor consumidor, cosa que entendemos acertada, pues ya expusimos en otro lugar los problemas que plantean este tipo de soluciones (JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010).

(13) El decurso pre-legislativo del actual artículo 56 LC, puede consultarse en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y concurso de acreedores...*, *op. cit.*, págs. 270 a 276. El artículo 55 del Proyecto de LC (precedente inmediato del art. 56) señalaba: «1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo, 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 hubiere procedido a la apertura de la liquidación.

...
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto.

...
5. Las acciones tendentes a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, distintos de los señalados en el apartado 2, se sustanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1» (el proyecto modificaba el tratamiento inicial dado en el Anteproyecto de 30 de marzo de 2000, a las garantías reales que eran objeto de paralización y suspensión temporal, *recayesen o no sobre bienes afectos a la actividad empresarial*. La distinción entre bienes afectos y no afectos se incorporó en la versión del Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001, de donde pasó con alguna variación al Proyecto).

Para unos, el régimen de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos se encontraría delimitado en el artículo 55.4 de la LC, del que se deduciría una regla general que permitiría proceder a la ejecución separada de *todas las garantías reales*. Solo para las recayentes sobre bienes afectos existiría una regla particular que establecería la paralización y suspensión de las mismas durante el plazo legal (art. 56.1 y 2). Es la posición de CUENA CASAS (14) y CARRASCO PERERA (15).

Otros autores hablan de la existencia de un vacío normativo en torno a las garantías reales que recaen sobre bienes no afectos. Así IRIBARREN BLANCO entiende que de ningún modo debió haberse suprimido el apartado 5 del artículo 55 del Proyecto de LC, «porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos» (16). Del mismo vacío habla CURIEL LORENTE (17).

(14) CUENA CASAS, M., «La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar», *op. cit.*, págs. 223 a 225. La autora señala que el sistema instaurado genera una discriminación negativa en contra del deudor consumidor y, en suma, de la familia. En nota al pie (pág. 228, nota 36) añade que dicha discriminación negativa ha sido denunciada también por QUINTANA CARLO, «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia*, Tomo II, Madrid, 2005, pág. 2270.

(15) Señala este último: «...las ejecuciones que se suspenden conforme al artículo 56 son solo las que recaen sobre cierto tipo de bienes y sobre cierta clase de personas. ¿Y el resto de las ejecuciones por garantías reales? Pues caben dos opciones: o se remiten al artículo 55.1 LC, con lo que se asimilan a cualquier ejecución ordinaria, o se entiende que para tales casos los artículos 55.4 y 56 LC contienen una regla implícita, en virtud de la cual esta ejecución queda garantizada y no sometida a paralización o suspensión. Es decir, como si los artículos 55.4 y 56 contuvieran una regla primordial implícita u oculta —la concesión del privilegio de ejecución separada a las garantías reales— y una serie de excepciones contenidas en el texto expreso de la norma. Creo que la interpretación correcta es precisamente ésta». Ahora bien, en nota al pie indica: «Pero no se me ocultan sus debilidades. Sin embargo considero más defendible la opinión expuesta en el texto» (CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Thomson-Civitas, 2.^a ed., Pamplona, 2008, págs. 90 y 91). En otro momento, sin embargo, indica: «Fuera del artículo 56 LC no existe una norma que atribuya a ningún acreedor derecho de ejecución separada en el concurso. Por tanto, este tipo de ejecución [sobre bienes no afectos], que manifiestamente puede seguirse como separada en la finalidad de esta norma, pero que carece de cobertura legal, tendría que integrarse en el procedimiento general del artículo 55, con lo que quedaría definitivamente absorbida en el concurso».

(16) Para el autor, dado este vacío normativo, habría que aplicar la regla del artículo 55 LC, pero entonces, dice, quedarían peor tratados los acreedores con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad del deudor. Como tal solución la reputa absurda, entiende que hay que concluir que no quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos (IRIBARREN BLANCO, M., «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. IV, 2005, págs. 3766 y 3767).

(17) Para este autor, dada la supresión mencionada, no existe ahora norma alguna relativa a la ejecución de este tipo de garantías. Ello nos llevaría a aplicar el artículo 55 LC y a entender que no existe la posibilidad de ejecución singular para los bienes no afectos, pues el artículo 55, que prohíbe toda ejecución tras la declaración de concurso, exceptúa literalmente «lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real», y lo establecido en la propia Ley hace referencia exclusivamente a los bienes afectos. Ahora bien, el autor concluye que puesto que ello significaría un trato más beneficioso para el acreedor hipotecario derivado de la afección de los bienes a la actividad propia del deudor y dado el itinerario legislativo, del que resultaría palmario que el legislador no

Por su parte, BLANQUER UBEROS entiende que la reserva a favor de la LC (arts. 568 LEC y 127 LH, en su redacción dada por la LC, Disp. Final 3.^a 7 y Disp. Final 7.^a) del tratamiento legal acerca de la suspensión o de la paralización de las ejecuciones o realizaciones hipotecarias tiene un efecto, o consecuencia singular cuando la LC no decide el tratamiento legal correspondiente a las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes no afectos; la omisión del uso de la reserva legal provoca, para evitar un vacío normativo, la aplicación de la regla general que el ordenamiento haya promulgado fuera del ámbito de aplicación de la LC [que es la de la continuidad] (18).

HERBOSA MARTÍNEZ considera que ante el vacío normativo existente, cabe mantener «dos posibles interpretaciones: *a*) a falta de previsión específica, estimar aplicable el régimen general establecido para las ejecuciones singulares en el artículo 55 LC, según el cual, no podrán iniciarse nuevas ejecuciones ni continuar las que se hallaren en tramitación desde la fecha de la declaración de concurso (arts. 55.1 y 55.2), lo que implicaría la pérdida del privilegio de ejecución separada; *b*) entender que se mantiene el privilegio de ejecución separada establecido en la antigua regulación para los acreedores hipotecarios». La autora reconoce que una interpretación estrictamente literal de la Ley llevaría a la primera solución, dado que el apartado 4 del artículo 55 solo exceptúa de la regla general prevista en los apartados 1 y 2, «lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real», y lo cierto es que la Ley solo se refiere en el artículo 56 a las garantías reales que recaen sobre bienes afectos, por lo que habría cierta base para pensar que las demás ejecuciones se regirán por la regla general establecida en el artículo 55 LC. La autora, sin embargo, se inclina por la interpretación que hemos descrito bajo la letra «*b*», apoyándose en los precedentes legislativos y sobre la base de una interpretación lógica y teleológica de la norma. Así dice que si la finalidad de la suspensión temporal de las ejecuciones a que se refiere el artículo 56 LC es impedir las ejecuciones que puedan comprometer la conservación de la empresa, por recaer sobre bienes afectos a la actividad empresarial, no tiene sentido que las ejecuciones que no recaigan sobre los bienes señalados queden suspendidas de manera definitiva conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 y 2 (19).

DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, por su parte, en una tercera vía, proponen que la regla del artículo 56.1 (suspensión del ejercicio de garantías reales) tiene una excepción que se infiere a sensu contrario de la letra del precepto para las garantías reales sobre bienes no afectos. Se entiende esta excepción —dice— a la luz de las razones que explícitamente mueven al legislador, según lo manifestado en la Exposición de Motivos, a establecer la regla general de suspensión (20).

quiso poner límites a la ejecución de garantías reales, salvo cuando recaen sobre bienes afectos, lo más razonable es entender que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos puede iniciarse o continuar tras la declaración de concurso. CURIEL LORENTE, F., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (Coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 4861 y 4862.

(18) BLANQUER UBEROS, R., *op. cit.*, págs. 309 a 311.

(19) HERBOSA MARTÍNEZ, «Realización del crédito hipotecario en el concurso», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, págs. 304 y 305.

(20) Sin embargo, pese a lo que apuntan DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, los términos de la Exposición de Motivos, que responden al borrador de Anteproyecto de 30 de marzo de 2000, extienden la paralización de ejecuciones de garantías reales a los

De lo expuesto puede concluirse que, por una vía u otra, la doctrina en general coincide en defender la no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, y por lo tanto, sobre la vivienda familiar (21). Esta es la interpretación acogida por los Tribunales, por ejemplo, en el AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 26 de octubre de 2009 (AC 2010/131), que después de indicar que el artículo 56 LC fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y señalar que en el caso de los bienes afectos procede la paralización y suspensión de los artículos 56.1 y 2, sienta: «*Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas*», concluyendo que como el bien no es afecto, entre otras razones, porque no ha sido negada la afirmación de la parte actora que pretendía la ejecución, en orden a que se trata de una vivienda que constituye domicilio particular del administrador de la concursada, debe revocarse el auto del Juzgado de lo Mercantil recurrido que inadmitía a trámite la demanda de juicio ejecutivo hipotecario frente a la concursada, y admitir a trámite la demanda. En la misma línea, el AAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010/164541), indica: «*al versar el presente procedimiento de ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto a la actividad empresarial de la demandada, en concreto sobre un apartamento turístico para cuya compra se formalizó la hipoteca, es de aplicación el artículo 55.4 LC, según el cual se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real, los cuales sí que pueden iniciar la ejecución de tales garantías, con la única excepción de que las mismas recaigan sobre bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, lo que como se ha dicho no es el caso*. Concluye, pues, la Audiencia estimando el recurso contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia (que había entendido que el bien objeto de la garantía era bien afecto) de archivar el procedimiento de ejecución hipotecaria instado por el acreedor hipotecario (22). Igualmente, el AJM, número 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005/161), por el que se dispone la declaración de concurso voluntario de los cónyuges don José G. E. y doña Carmen B. T., ante la reclamación por la parte instante de la suspensión de un procedimiento hipotecario seguido ante los Juzgados de Manresa al amparo del artículo 56 LC, señala que, «dicha medida es procesal y materialmente

bienes afectos y no afectos, y lo que nos interesa destacar, la finalidad de que la ejecución separada no impida soluciones más beneficiosas para los intereses del deudor y de la masa pasiva, está presente, tanto en el caso de ejecución de garantías sobre bienes afectos como no afectos. Luego no es muy sólida la justificación que dan DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL.

(21) No obstante, hay autores como DÍAZ FRAILE y J. J. JURADO, que afirman la inexistencia de ejecución separada de la hipoteca.

(22) Señala el auto que el hecho de que el bien haya sido empleado por el deudor como garantía con la que obtener financiación para el desarrollo del negocio, no sería motivo bastante para considerarlo como bien afecto a la actividad a los efectos establecidos en el artículo 56 LC. Sobre el tema de la *afección financiera* y si ésta es suficiente para considerar al bien afecto a la actividad empresarial, vid., JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «*El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC*», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, julio-septiembre, 2010, pág. 125, nota 103.

inviable en el supuesto de autos, dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, *circunstancias que no concurren en el caso de autos, ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual...*» En la misma línea cabe citar el AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 8 de enero de 2008 (*JUR* 2008/116395) (23); AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/3963) (24), y AAP de Lleida (Sección 2.^a), de 20 de julio de 2009 (*JUR* 2009/464562), que indica: «al hilo de las soluciones legislativas establecidas en otros ordenamientos (principalmente en Estados Unidos), en los últimos tiempos se ha venido

(23) Ruralcaja había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Castellón. La Magistrado-Juez paralizó la ejecución hipotecaria contra la mercantil Materiales Murive, S. L., y don Manuel, hasta que se aprobase un convenio o transcurriese un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, por apreciar el Juzgado que la mercantil demandada se encontraba en situación de concurso, conforme lo establece el artículo 56 LC. Ruralcaja discrepa de tal criterio y solicita de la Sala su revocación, ordenando la reanudación de la ejecución, alegando que no existe constancia en el proceso de ejecución hipotecaria de la existencia de un concurso, y aunque efectivamente existiese un concurso voluntario, no existe el menor indicio de la afección de los bienes hipotecados a la actividad empresarial. La Sala considera que asiste la razón a la entidad recurrente y estima el recurso. La Juzgadora de instancia, dice, aplica incorrectamente las normas que regulan la materia, porque si se tratara de un concurso «*solo los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad quedarían sujetos a la paralización exigida por el artículo 56 LC, lo que no puede predicarse de una vivienda particular y de una plaza de garaje que son los bienes hipotecados en el presente procedimiento*».

(24) Resuelve un recurso de apelación interpuesto por los ejecutados en un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de 1.^a Instancia, número 3 de Vinaroz. Alegan éstos que el procedimiento de ejecución hipotecaria estaría viciado de nulidad desde la diligencia de ordenación de fecha 13 de junio de 2006, por haberse llevado a cabo actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia con posterioridad a la comunicación por el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Pontevedra de que doña Aurora (demandada ejecutada) había sido declarada en concurso, pues, a partir de ese momento, el juzgado competente de manera exclusiva es el del concurso. A esta alegación responde la Audiencia que de la documentación que obra en autos consta que en fecha 12 de diciembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia remitió escrito al Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra en contestación al escrito de éste comunicando la declaración de concurso, en el que se señalaba que *no ha lugar a la suspensión en vía de apremio instada en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 56 LC de 2003, siendo el auto que declara el concurso de fecha de 13 de noviembre de 2006, y estando ya en esa fecha publicados los anuncios de subasta del bien afecto y la ejecución no afecte a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión esta última que no ha sido probada por el deudor ya que por el contrario, la finca es descrita como vivienda en la propia escritura de préstamo hipotecario. Por todo ello, cabe concluir que todo lo actuado en el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión lo ha sido en todo momento conforme a derecho por lo que no puede prosperar la pretensión deducida por el recurrente* [sobre la competencia para el conocimiento de la ejecución hipotecaria, una vez declarado el concurso, que nosotros entendemos que corresponde al juez del concurso, remitimos a lo que ya expusimos en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2010, núm. 3, julio-septiembre, y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 2011].

hablando del concurso de personas físicas como mecanismo para evitar ejecuciones contra los bienes del concursado, singularmente, las ejecuciones hipotecarias contra la vivienda del deudor. Ciertamente, el régimen jurídico de las ejecuciones individuales y apremios establecido en la LC determina, con carácter general, que se impida el inicio de nuevas ejecuciones o apremios contra el patrimonio del deudor, una vez declarado el concurso y que se suspendan las ejecuciones y apremios pendientes (arts. 55 y 56 LC). *Ahora bien, esta regla tiene como principal excepción las garantías reales sobre bienes del concursado que no estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva...*».

Expuesta la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, conviene que hagamos una crítica de la situación legislativa actual, partiendo de esta interpretación que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia dan como válida.

Esta medida de no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar, como ha indicado CUENA CASAS, resulta discriminatoria para las familias. Junto a ello, hay que traer a colación el *«Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios, relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito»*, que entre las medidas concretas de alternativa a la mencionada situación propone modificar el artículo 131 de la LH y su equivalente en la LEC, «para permitir a los consumidores paralizar la ejecución hipotecaria» (25). Si tal se propone por el Consejo de Consumidores y Usuarios al margen de la LC, con mayor motivo en el ámbito concursal, cuando la situación económica de la familia es aún más desesperada, el legislador debería arbitrar, mediante la correspondiente reforma legislativa, la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar.

Hay que notar, por otro lado, que si la LC propugna la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial, en aras de la continuación de la actividad empresarial y de la consecución de un convenio que podrá prever la supervivencia de la empresa mediante su traspaso a un tercero, fusión, etc., obra así, no ya solo por el interés de la masa de acreedores en el cobro de sus créditos, fin primordial del concurso, sino también, por razón de la función social que tiene la empresa y los beneficios que produce a la colectividad en general, no solo por el mantenimiento de la pro-

(25) Se propone la siguiente redacción (si bien no coincidimos plenamente con ella): «Cuando la ejecución hipotecaria sea sobre la vivienda habitual y el acreedor hipotecario una entidad de crédito o financiera de cualquier clase, el propietario que tenga la consideración legal de consumidor podrá pedir, en cualquier momento anterior o posterior al acuerdo de ejecución al juez para que, en lugar de ordenar la subasta del bien establezca necesariamente un acuerdo entre acreedor y deudor. En caso de que el consumidor-deudor no haya planteado esta petición antes del acuerdo de ejecución, el Juez le informará de oficio de esta posibilidad. Este derecho se podrá ejercer en aquellos supuestos en los que el consumidor-deudor pruebe que el impago trae causa por la situación económica personal familiar, por desempleo, fallecimiento del cónyuge, separación, etc. En este acuerdo, el consumidor será asistido por un representante de entre las Instituciones de Consumo, Asociaciones de Consumidores y otras instituciones sociales que libremente escoja como mediador. Cuando las partes no lleguen a acuerdo sobre la reordenación de deudas en un plazo de dos meses, sobre la base de propuesta de acuerdo planteada y rechazada, el Juez podrá establecer el aplazamiento de la deuda, quita, reducción de intereses, etc. Durante la tramitación de todo este proceso, así como durante el plazo que [en] el acuerdo de mediación se haya establecido o lo haya establecido el juez, el consumidor seguirá viviendo en su vivienda habitual».

ducción, sino por el mantenimiento de los puestos de trabajo y los salarios, lo que permite la supervivencia de muchas familias. Indirectamente, pues, la LC, al prever la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes afectos, protege a las familias. Si tal hace la ley de un modo indirecto, con mayor motivo debería hacerlo de un modo directo cuando lo que esté en juego no sea la economía de la empresa sino la economía familiar. Como señala BLANQUER UBEROS, «el significado social y humano que tiene la pérdida de la vivienda familiar de una persona endeudada [como consecuencia de una ejecución hipotecaria] invita a reflexionar acerca de la posible moderación o exclusión de esta penosa pérdida».

Ahora bien, como los bienes no afectos pueden ser muy variados (fincas rústicas, segundas viviendas...), la modificación legislativa que propugnamos debería preverse, al menos, respecto de la *vivienda familiar*, para el deudor sobreendeudado (insolvencia inminente) o en insolvencia actual, de buena fe (26), (consumidor o empresario individual), y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

3. UNA INTERPRETACIÓN POSIBLE, DE ACUERDO CON EL ELEMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL, EN TANTO SE PROCEDE A LA MODIFICACIÓN DE LA LC

Las críticas a que hemos hecho alusión en el epígrafe anterior nos llevan a formular la siguiente interpretación que entendemos admisible, siempre que no perjudique el interés del concurso. Dado que la excepción prevista en el artículo 55.4 a las previsiones del artículo 55.1 y 2 lo es solo para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por el artículo 55.2, esto es, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito hipotecario. Insinuado éste e incorporado a la lista de acreedores (reconocimiento forzoso, art. 86.2), el acreedor hipotecario podrá adherirse al convenio o ejercitarse su derecho de abstención. Si ejercita este último, cobrará con cargo al convenio, ajustándose al orden de su graduación, con arreglo a las condiciones pactadas en la escritura de constitución del préstamo. Si se llegase a la ejecución colectiva, el bien hipotecado se realizaría con otros bienes, de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148 LC), o con las reglas legales supletorias (art. 149). Esta interpretación podría prosperar, en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, para la problemática de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del concursado. Dado que las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y dicha interpretación consiste, en palabras del propio legislador reformador del Título Preliminar del Código Civil, en acomodar en cierta medida los preceptos legales a circunstancias surgidas tras la promulgación de los mismos, enten-

(26) Habrá que determinar qué se entiende por buena fe. Como primera aproximación podríamos indicar que se ha de reputar de buena fe al consumidor que ha asumido un endeudamiento responsable.

demos que no puede obviarse la evidencia de la actual situación de crisis económica que atraviesa España, *circunstancia sobrevenida tras la promulgación de la LC*, que obliga a tener en cuenta, a la hora de interpretar aquélla, *las situaciones de sobreendeudamiento que padecen las familias españolas*, discriminadas por la Ley concursal respecto del empresario individual o socio-titular si se interpreta la Ley en un sentido de continuación de las ejecuciones hipotecarias, tras la declaración de concurso, si recaen sobre bienes no afectos, singularmente la vivienda familiar.

Los argumentos recogidos antes y aducidos en contra de la interpretación que propugnamos no pueden prosperar. No es creíble que la LC formule una regla *implícita* de concesión del privilegio de ejecución separada para todas las garantías hipotecarias (art. 55.4), y unas excepciones expresas (art. 56). A CARRASCO PERERA no se le oculta la debilidad de esta interpretación. Las reglas generales suelen ser de formulación *expresa* en las normas. Y las excepciones lo son a la regla general *expresa* anteriormente formulada. En nuestro caso, a la formulada en el artículo 55.1 y 55.2 LC (27). El vacío normativo para las hipotecas sobre bienes no afectos existente tras la supresión del artículo 55.5 del Proyecto, ha de llenarse acudiendo a la regla general, que solo exceptúa lo relativo a *bienes afectos*. Tampoco puede buscarse una excepción para los bienes no afectos a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 56. *En ausencia de norma particular expresa hay que recurrir a la norma general formulada* (art. 55). El itinerario legislativo solo nos conduce a dicho vacío normativo (28). No resulta absurdo que los acreedores sobre bienes no afectos resulten peor tratados. La Ley puede querer incentivar en un grado mayor el crédito a las empresas y favorecer la posición del deudor, persona física que disfruta de una vivienda familiar. El acreedor hipotecario sabe a quién presta y el régimen a que estará sometido en caso de concurso. La ejecución separada es un privilegio y no tiene por qué concederse indiscriminadamente. La hipoteca del acreedor con garantía sobre un bien no afecto sobrevive al concurso. No es exacto que la LC contenga solamente una regla particular aplicable a las ejecuciones de las hipotecas sobre bienes afectos y carezca de toda otra regla, concebida en términos generales o particulares, que determinase la suspensión de las ejecuciones de los créditos garantizados con hipoteca sobre los bienes no afectos, cuyo vacío conduciría a la aplicación de la regla general contenida en la LEC y en la LH, que impone la continuidad de la ejecución, cuando ésta

(27) El artículo 55.1 y 2 de la LC contienen una norma general de paralización y suspensión de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ya sean aquéllas ordinarias, ya sean hipotecarias, pues el precepto no distingue. Se refiere a toda ejecución. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados 55.1 y 55.2, *lo establecido en esta ley* para los acreedores con garantía real. Pero *lo establecido es exclusivamente lo previsto en el artículo 56 para las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos, cuya paralización o suspensión se produce exclusivamente por el tiempo de un año como máximo*. Según esto, no parece que pudiera entenderse que el artículo 55.4 contiene una *regla general implícita*, que permite la iniciación o continuación de ejecuciones hipotecarias, y por lo tanto de aquéllas que recaen sobre bienes no afectos. Nótese que la doctrina solo puede hablar de regla *implícita* porque explícitamente el precepto no afirma sino lo que hemos indicado.

(28) Es cierto que el mayor argumento de cara a la no paralización o suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos es el recurso legislativo. Sin embargo, dado que el legislador no solo eliminó la suspensión, tras la realización de los bienes, de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, cosa que pudo haber hecho, sino el *íntegro* artículo 55.5, el resultado producido, independientemente de la intención del legislador, es el expuesto.

no se plantea en el curso de un procedimiento de concurso. Es evidente que existe una regla general en el artículo 55.1 y 2 LC. La LEC y la LH remiten la solución de la continuidad de las ejecuciones a la LC y es en ésta donde hay que encontrar la solución. En cuanto a buscar aval en los precedentes legislativos, no hay que olvidar que hasta 1869 y, al menos, desde las Ordenanzas de Bilbao, rigió en el Derecho español el principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra, principio que puede recuperar el legislador. Si bien la suspensión del artículo 56 LC obedece, entre otros motivos, a evitar ejecuciones que puedan comprometer la continuidad de la actividad empresarial y con ello dificultar soluciones convenientes del concurso, favorables a los intereses del deudor y de la masa pasiva, en el caso de la suspensión de las ejecuciones sobre bienes no afectos, que postulamos para el caso concreto de la vivienda familiar (29), tal suspensión obedece a la evitación de una discriminación hacia el concursado persona física y como solución razonable que atempere la penosa pérdida de la vivienda familiar, aparte de obedecer a la finalidad de no dificultar la definitiva configuración de la masa activa, ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva (esta interpretación lleva al acreedor hipotecario a la mesa de negociaciones). Todo lo dicho en el bien entendido caso de que no se perjudique el interés del concurso.

Hay que señalar que el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LC no ha introducido, entre las modificaciones propuestas, la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar (30).

(29) La paralización que propugnamos sobre la base del artículo 55.1 y 2 LC, lo es para el deudor sobreendeudado (insolvencia inminente) o en insolvencia actual, de buena fe (consumidor o empresario individual) y para la vivienda familiar, por lo menos la que tenga el carácter de principal, si hay varias viviendas habituales de la familia y siempre que el acreedor hipotecario sea una entidad de crédito o financiera de cualquier clase. También debería procederse a la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria, cuando, a pesar de que el deudor hubiera asumido un endeudamiento irresponsable al contratar el préstamo hipotecario con la entidad crediticia o con la financiera, ésta hubiera sido igualmente irresponsable en la concesión del crédito por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

(30) El Anteproyecto reforma el artículo 47, relativo al derecho de alimentos del concursado, el artículo 49 (sobre integración de la masa pasiva), indicando que en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal; el artículo 56, añadiendo un párrafo 5.^º con el siguiente tenor: «Corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Igualmente, en el artículo 101, sobre propuestas de convenio condicionadas, señala que la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada. Pero que por excepción, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros en el sentido por él indicado. Finalmente, en el artículo 145 se señala que si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge e hijos bajo su potestad. Estas reformas, junto a las explicadas en notas anteriores, son básicamente las que afectan al concurso de personas físicas. Pero nada se incluye sobre la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar.

4. OTRAS ALTERNATIVAS

De no aceptarse por los Tribunales la interpretación anterior, y producirse la ejecución hipotecaria intraconcurcial de la vivienda familiar (o sea, ante el Juez del Concurso), resultarían de aplicación expedientes como los siguientes:

Por un lado, la doctrina sentada en el Auto número 111/2010, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010 (31).

(31) Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Estella/Lizarra, se siguió un procedimiento de ejecución hipotecaria por una entidad financiera frente a unos deudores. El préstamo con garantía hipotecaria se había concedido por importe de 59.350 €, ampliado el 26 de marzo de 2007, en 11.865,39 €. Ante el impago de las cuotas pactadas, el banco ejecutante dio por resuelto el contrato y solicitó la ejecución de la hipoteca. Habiendo quedado desierta la subasta, se interestó se dictara auto de adjudicación a favor del banco ejecutante, adjudicándosele la finca por importe de 42.895 €, por auto de 24 de septiembre de 2009. El Banco ejecutante, mediante el correspondiente escrito, solicita se prosiga la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta, por importe de 28.129,52 € de principal, más 8.438,86 €, calculados para intereses y costas. Dicha petición es denegada por Auto de fecha 13 de noviembre de 2009, *que no da lugar a continuar la ejecución* salvo para costas y liquidación de intereses. El demandante interpone recurso de apelación contra el referido Auto. La Audiencia confirma el auto recurrido por entender que es ajustado a Derecho. La Audiencia considera que la petición de la entidad financiera de que continúe la ejecución, no constituye un abuso de derecho, como señala la Juzgadora de Instancia, dado que la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado. Sin embargo considera que la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente, *por lo que supone un acto propio, del propio banco, cuando siendo el objeto y finalidad del préstamo, la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75900 €. Es decir, el propio banco la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que era de 71.225,79 €. «Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas».*

El Banco recurrente alegó en su recurso que el valor real de la finca, al tiempo en que se le adjudica, es inferior al valor inicial asignado, lo que apoya en una eventual nueva tasación, que aportó con el escrito de recurso, siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de 6 de septiembre de 2010, Auto que no fue recurrido, por lo que no consta en las actuaciones otro valor de tasación que el que consta en la escritura de constitución de la hipoteca. *Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera correctas las consideraciones de la juzgadora de instancia.*

A pesar de entender que no existiría abuso de derecho por parte de la entidad bancaria, la Sala se plantea una reflexión relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido. La manifestación de ésta de que la finca subastada tiene hoy un valor real inferior se basa en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica. Ante estos argumentos, la Sala indica que tal situación tiene en su origen una causa precisa y que no es otra que *la mala gestión del sistema financiero*. Con ello no se quiere decir que el causante de la crisis sea el Banco recurrente, pero sí que no se puede desconocer su

Ello llevaría a la no aplicación del artículo 157.2 LC, cuando se hubiesen dado en la ejecución hipotecaria intraconcursal las circunstancias señaladas en el Auto.

Por otro lado, cabría que el concursado recurriera a la rehabilitación de créditos prevista en el artículo 68 LC para salvar de la ejecución hipotecaria su vivienda familiar.

Como parece que el artículo estaría pensando fundamentalmente en facilitar la continuación de la actividad empresarial, si se tratase de rehabilitar un contrato de préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar, ello podría verificarse en el caso de que de la operación resultase un *beneficio para el concurso*.

Finalmente, cabría plantear el uso de la facultad de rehabilitación que el artículo 693.3 LEC, en relación con el párrafo 2º del mismo precepto, reconoce al deudor hipotecario. Cuando el préstamo hipotecario llevase incorporada una cláusula de vencimiento anticipado inscrita en el Registro de la Propiedad, y el bien hipotecado fuese la vivienda familiar (por lo menos, la *habitual principal*) el deudor podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien [de la ejecución hipotecaria] mediante la consignación de «la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte».

Dado que, según la posición mayoritaria de la doctrina y según la jurisprudencia, es posible la *ejecución separada* de la hipoteca sobre la vivienda familiar, sin sujeción a suspensión alguna por la declaración de concurso, conforme a las normas del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1 LC), por lo menos, en el caso de seguirse los trámites del Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC, cabe plantearse si en esa *ejecución separada intraconcursal* (dado que se verifica ante el Juez del concurso), el deudor o la administración concursal pueden hacer uso de este trámite del artículo 693.3 LEC.

La dificultad que se plantea a primera vista es que el pago al acreedor hipotecario se realizaría al margen de la regla que impide el pago de las obligaciones concursales hasta la aprobación de un convenio o la fase de liquidación, y como excepción a la regla que establece que el pago de las obligaciones con garantía real se llevará a cabo *con cargo a los bienes y derechos afectos al privilegio especial, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva* (art. 155.1 LC), pues el pago se verificaría *con cargo a la masa del concurso*. A nuestro juicio, sin embargo, ello sería posible *siempre que por esta vía se obtuviese un beneficio para el concurso* (arg., ex arts. 68, 155.2 y 56.3 LC, preceptos que regulan figuras con las que

condición de integrante del sistema. A tenor del elemento de la realidad social del artículo 3.1 del Código Civil, hay que indicar que es moralmente rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero.

En definitiva, se considera ajustada a Derecho la resolución de la Magistrado-Jueza de Primera Instancia, y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan solo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación.

guarda alguna semejanza la facultad del art. 693.3 LEC) (32) y cuyo régimen jurídico podría darnos luces acerca de cómo encuadrar la facultad del artículo 693.3 LEC en el seno de una ejecución hipotecaria intraconcursal dirigida contra ejecutado concursado.

Réstanos indicar, sin pretensiones de agotar la materia, que en opinión de SÁNCHEZ RUS, la administración concursal también puede hacer uso de la facultad del artículo 155.2 LC en caso de bienes no afectos (y por lo tanto de la vivienda familiar del concursado), en el plazo que medie entre la suspensión de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso ante el Juez civil (art. 568 LEC), incompetente para el conocimiento de la ejecución desde la declaración de concurso (art. 8.3 LC) y su reanudación ante el Juez del concurso, que sería el competente para su conocimiento (art. 57.1 LC). Interpretación admisible, siempre que con ello se obtenga un beneficio para el concurso.

IV. CONCLUSIONES: EL DEUDOR HIPOTECARIO, OLVIDADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La interpretación mayoritaria de los artículos 55 y 56 LC, según la cual, la presentación de concurso voluntario por el deudor no permite paralizar o suspender la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar hace del deudor hipotecario consumidor el gran olvidado por la legislación española. A la carencia de un procedimiento concursal que paralice la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar se suma la inexistencia de instituciones acogidas en el Derecho Comparado como la dación en pago extintiva de la deuda hipotecaria con independencia del valor del inmueble [aunque palía esta situación la doctrina acogida por el AAP de Navarra referido] o el derecho de rescate (*right of redemption or right to redeem*), admitidas en el Derecho norteamericano (33).

(32) Así, la opción del artículo 155.2 LC, puede ejercitárla a su discreción, aunque bajo su responsabilidad, la administración concursal, en aras del superior interés del concurso (porque por esta vía se logre la conservación de la empresa, y a través de ello, se logre una fuente de ingresos para la masa activa, o porque posibilite un convenio o una liquidación favorable para el concurso (en globo o sujeta a reglas especiales de liquidación) o simplemente porque la falta de ejecución separada pueda ser beneficiosa para la masa (por ejemplo, la administración concursal considera que liberado el bien de la carga hipotecaria, puede obtenerse un mejor precio en la venta del mismo, incluso de forma aislada, que cuando ese mismo bien es ejecutado de forma separada por el acreedor privilegiado). Algunas de estas razones que justifican el uso por la administración concursal de la facultad excepcional del artículo 155.2, pueden estar presentes y justificar el uso de la facultad del artículo 693.3 LEC, no tanto en interés del deudor hipotecario, como inicialmente piensa el precepto, sino *en interés del concurso, dado que estamos en presencia de una ejecución hipotecaria intraconcursal*. Si bien este interés del concurso puede permitir salvar un bien de primera necesidad para el consumidor concursado.

(33) La figura del derecho de rescate del bien hipotecado ya era conocida en el Código de Justiniano [C.8, 34 (33), 3]. Se preveía la posibilidad de adjudicación en dominio al acreedor de la prenda, pero «*tenga el deudor, por consideraciones de compasión, humanitaria acción sobre su propia cosa dentro del término de dos años, contaderos desde el día de la sacra resolución [por la que se le adjudica al acreedor en dominio la prenda], y séale lícito ofrecer al acreedor, que ya fue hecho dueño, la deuda con los intereses y los perjuicios causados por su falta al acreedor, cuya cuantía debe manifestar bajo juramento el acreedor, y recuperar su prenda. Mas si hubieren transcurrido los dos años, tenga el acreedor y también dueño plenísimamente la cosa ya hecha suya irrevocablemente...*

Reputándose del todo insuficiente la medida adoptada por el Gobierno a través del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, consistente en aumentar la cuantía del salario inembargable en la ejecución posterior a la ejecución hipotecaria, cuando ésta no ha permitido la íntegra satisfacción de la deuda (34).

A nuestro juicio se precisan reformas urgentes que alivien la situación de sobreendeudamiento hipotecario de las familias, como la paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar por la declaración de concurso, la reforma del artículo 105 LH y de la LEC, así como la adopción de una jurisprudencia consolidada en la línea del Auto citado de la AP de Navarra (35).

Se trata de la posibilidad legal de recuperar el bien inmueble ejecutado una vez que éste ha sido enajenado y rematado a favor del mejor postor, en el marco de una ejecución judicial hipotecaria. Es un derecho ejercitable durante un plazo (que se otorga para buscar, por parte del deudor ejecutado, una nueva refinanciación o para superar la circunstancia personal o laboral que le hubiese conducido al incumplimiento. Si dicho período, que oscila entre un mes y veinticuatro meses en los diferentes Estados de EE.UU., transcurre sin que se ejerzte el rescate, el remate del bien es definitivo y su pérdida, para el deudor, irrecuperable) y que tiene una clara finalidad social, como es la de paliar la pérdida irremisible de un bien inmueble, protegiendo la propiedad adquirida. Existe, como decimos, en muchos Estados de los Estados Unidos.

El Derecho portugués conoce el *Dereito de remir*, regulado en los artículos 912 a 915 del Código de Proceso Civil. Se concede al cónyuge y a los parientes, en línea recta del ejecutado, un especial derecho de preferencia para la adquisición del bien enajenado judicialmente en una ejecución forzosa. En este caso, se excluye al deudor ejecutado como legitimado para disfrutar de esta opción. En el fondo late la finalidad social de la protección del patrimonio familiar para evitar la salida de los bienes hipotecados y ejecutados del mismo. La naturaleza jurídica de este derecho es la de un derecho de preferencia cualificado que prevalece frente a otros derechos de preferencia establecidos legal o convencionalmente, y que circunscrito al proceso de ejecución forzosa debe ejercitarse en un plazo de tiempo concreto, que varía en función del tipo de venta o ejecución que se haya efectuado respecto del bien cuya reintegración patrimonial se pretende y también de si ya se ha formalizado por escrito la transmisión (MARTÍN DÍZ, F., «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009, págs. 13 a 16).

(34) Esta medida, que modifica el artículo 607 LEC, resulta insuficiente, pues el deudor hipotecario, *habiendo perdido su vivienda familiar, sigue sujeto al pago del crédito restante, viéndose abocado a un embargo de nóminas prácticamente a perpetuidad*, pudiendo recurrir a una clandestinidad financiera y económica. Aunque la doctrina del citado Auto de la Audiencia de Navarra evita, en buena medida, esta situación.

(35) Y otras medidas que propusimos en nuestro trabajo ya citado, «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal».

Otros autores (MARTÍN DÍZ) abogan por la introducción de un derecho de rescate del bien hipotecado ejecutado, así como la instauración de una facultad moderadora del juez en el ámbito de la ejecución forzosa hipotecaria, en cuanto a la fijación de nuevos plazos, cuantías y desarrollo del cumplimiento de la obligación hipotecaria inatendida y reclamada judicialmente. Esta facultad moderadora contrarrestaría, en opinión del autor, el hecho de que el procedimiento judicial sumario hipotecario implique la ejecución, pese a que solo se vea afectado por el incumplimiento del deudor una parte del crédito. Señala que es ilustrativa, en este sentido, la reflexión que aporta la STS de 4 de junio de 2008, al analizar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. El autor propugna que se regule en la LEC en el seno del procedimiento especial hipotecario, una atribución al juez de similares características a la que se le concede en el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Se permitiría así matizar el incumplimiento de la obligación, moderando equitativamente la ejecución instada, para suspenderla y archivarla temporalmen-

V. BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER UBEROS, R.: «La vivienda familiar (endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar)», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Cuenca Casas, M., y Colino Mediavilla, J. L. (Coord.), Ed. Aranzadi, 1.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2009.

CUENA CASAS, M.: «La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar», en *El Derecho privado en contextos de crisis*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1 de 2009.

MARTÍN DIZ, F.: «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 8 de enero de 2008 (*JUR* 2008/116395).

AAP de Castellón (Sección 1.^a), de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/3963).

AAP de Lleida (Sección 2.^a), de 20 de julio de 2009 (*JUR* 2009/464562).

AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 26 de octubre de 2009 (*AC* 2010/131).

AAP de León (Sección 2.^a), de 8 de marzo de 2010 (*AC* 2010/369).

AAP de Salamanca (Sección 1.^a), de 15 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164541).

AAP de Navarra (Sección 2.^a), de 17 de diciembre de 2010.

AJM, núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (*AC* 2005/161).

RESUMEN

EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. INCIDENCIA DEL CONCURSO. REHABILITACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

La mayoría de la doctrina y los Tribunales entienden que la declaración de concurso, si bien incide en las ejecuciones ordinarias sobre la vivienda familiar planteadas antes de la declaración de concurso, no tiene efectos paralizadores o suspensivos de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar. Sin embargo, puede ofrecerse una interpretación acorde a la

ABSTRACT

FORECLOSURE ON THE FAMILY HOME. EFFECT OF BANKRUPTCY. REINSTATEMENT OF THE MORTGAGE LOAN

The majority of legal doctrine and courts hold that, while a declaration of bankruptcy does affect any ordinary foreclosure on the family home begun before the declaration of bankruptcy, a declaration of bankruptcy does not freeze or suspend mortgage foreclosure on the family home. However, an interpretation can be offered that is in tune with social reality in the current context of economic crisis. The inter-

te, mediante la concesión al ejecutado de nuevos plazos, formas y cantidades a pagar, ante una situación de crisis económico-familiar temporal. Esta solución está contemplada por el Código Civil francés (arts. 1244-1; 1244-2 y 1244-3) (*op. cit.*, págs. 17 a 19).

realidad social del actual contexto de crisis económica, que salve la discriminación que respecto del concursado empresario individual o empresa, supone la interpretación que se está dando de los artículos 55.4 y 56 LC. Para el caso de no admitirse tal interpretación, se analizan diversos expedientes que evitan la ejecución hipotecaria o limitan la cuantía reclamable por el acreedor hipotecario con cargo al convenio o en la liquidación colectiva.

pretation that is being accorded to articles 55.4 and 56 of the Bankruptcy Act involves some discrimination with respect to bankrupt business owners or enterprises, and the interpretation in this paper addresses that discrimination. In the event such an interpretation is not accepted, various proceedings are analysed that avoid foreclosure or limit the sum the lender may claim under the creditors' agreement or collective liquidation.