

LA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA COMO PRESUPUESTO DEL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: VIVIENDA HABITUAL Y BIENES AFECTOS A ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

OLGA AHEDO PEÑA

**Magistrada Especialista CGPJ en asuntos propios de lo mercantil
Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid**

SUMARIO: I. REGULACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO. II. LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA. III. PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL. 1. Cauces de exoneración y tratamiento de la vivienda habitual. 2. Exoneración del pasivo una vez abierta la fase de liquidación. 3. Procedimiento especial para microempresas.

I. REGULACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO.

La obtención del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tiene como presupuesto que el concurso haya concluido por liquidación o por insuficiencia de masa activa (art. 486 TRLC/ art. 178 *bis*.1 LC). Así lo recuerda la STS, Pleno, n.º 381, de 2 de julio de 2019, ROJ: STS 2253/2019, en el apartado 2 del fundamento jurídico segundo: *"La exoneración del pasivo insatisfecho es un beneficio que puede reconocerse al deudor concursado persona natural, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa"*. En el apartado III de la exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, y en el preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, se deja claro que la liquidación previa del patrimonio del deudor es uno de los dos pilares fundamentales del sistema de exoneración.

Supone lo anterior que todos los bienes y derechos del deudor que integran la masa activa han tenido que ser liquidados y aplicados al pago (STS de 2 de julio de 2019), lo que incluye la vivienda.

No obstante, siendo la vivienda habitual un bien esencial para el deudor y persiguiendo la norma conceder a éste una segunda oportunidad, no acuciar sus problemas económicos, juzgados y tribunales han resuelto excluir la vivienda habitual de la liquidación cuando concurren determinadas circunstancias.

La **SAP de Barcelona, sección. 15ª, 584/2019, de 29 de marzo**, plantea que se excluya de la ejecución la vivienda del deudor en atención a estar pagándose las cuotas hipotecarias y ser previsible que la enajenación no cubrirá el crédito hipotecario por ser el valor de la garantía superior al valor del bien, de forma que la venta no beneficiaría ni al acreedor hipotecario ni al resto de los acreedores. En el supuesto que se resuelve, el deudor impugna el inventario en un concurso consecutivo pretendiendo la exclusión del activo de la mitad indivisa de la vivienda que le pertenece junto a su esposo. La Audiencia,

tras razonar que no procede la exclusión ni del activo (art. 76 LC) ni de la liquidación (arts. 147, 148 y 152 LC) concluye:

“13. (...) no es descartable que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario. En este supuesto hemos de recordar que tras la reforma de 2015 es preciso consignar el valor de la garantía (artículo 155.5º). Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta.

14. La entidad financiera titular de la garantía no se ha opuesto al recurso y seguramente estará interesado en que se mantenga vigente el crédito. La realización forzosa, por otro lado, tampoco beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable sería descartar la enajenación, pero dichas circunstancias deben ser comprobadas por el juez del concurso a partir de los datos que obren en el procedimiento, datos que no han accedido a la segunda instancia”.

Se advierte que la Audiencia no avala la exclusión del bien ni de la masa activa ni de la liquidación, sino su no ejecución en determinadas circunstancias.

El AAP de Barcelona, secc. 15ª, nº 131/2018, de 16 de octubre, reitera que la vivienda habitual del concursado persona física no queda fuera de la liquidación de los bienes de la masa activa.

“6. En definitiva y como conclusión, en principio no puede excluirse la vivienda habitual de la liquidación. Ello no obstante, aunque no se haya suscitado en el recurso, no es descartable que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario. Recordemos que tras la Reforma de 2015 es preciso consignar el valor de la garantía (artículo 155.5º). Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta. CAIXABANK no se ha opuesto al recurso y seguramente estará interesado en que se mantenga vigente el crédito. La realización forzosa, por otro lado, tampoco beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable es descartar la enajenación”.

El AAP de Barcelona, secc. 15ª, nº 72/2018, de 20 de junio, revoca la resolución del juzgado de lo mercantil que excluyó la vivienda habitual del plan de liquidación sin el consentimiento del acreedor hipotecario.

Por su interés y porque trata la incidencia en el concurso de las normas de protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social, reproduzco a continuación dicha resolución:

TERCERO. - Algunas precisiones procesales.

7.-Bankia recurre en apelación, al amparo del artículo 148.2 de la LC, el auto aprobando el plan de liquidación del concurso consecutivo de Silvia. Bankia acude a este recurso

para cuestionar la exclusión de dicho plan de la vivienda habitual de la concursada y de su cónyuge, Andrés, también declarado en concurso.

Los motivos aducidos por la administración concursal para excluir la vivienda de la masa activa del concurso fueron que los deudores se encontraban en riesgo de exclusión social conforme a las disposiciones del RDL 6/2012, que el valor de realización del bien no permitiría hacer frente ni tan siquiera a los créditos hipotecarios que pesaban sobre el inmueble, que los deudores estaban en disposición de poder rehabilitar el préstamo hipotecario haciendo frente, con cargo a la masa, de las cuotas pendientes, y que, además, los deudores le tenían un profundo apego a la que era su vivienda habitual, que habían construido por medio de un préstamo de autopromoción.

8.-La primera precisión procesal que debe hacerse es que la exclusión o inclusión de un bien en la masa activa del concurso no debe realizarse en el plan de liquidación, sino en el inventario de la masa activa del concurso.

El artículo 76 de la LC establece que:

«1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.»

Este artículo debe ponerse en relación con el artículo 82 de la LC, referido al inventario y su formación:

«1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter.

2. De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.»

9.- El administrador concursal de la Sra. Silvia hace referencia a la vivienda habitual en su inventario y es allí donde considera que la vivienda habitual debía excluirse.

10.-El régimen de impugnación del inventario de la masa activa se regula en el artículo 96 de la LC, en el que se habilita un incidente específico para fiscalizar el inventario (artículo 96.2 LC).

No consta en autos que Bankia haya impugnado el inventario del concurso de la Sra. Silvi. El artículo 97.1 de la LC advierte que «Fuera de los supuestos de los apartados 3 y 4 de este artículo, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones.»

11.-El artículo 148.2 de la LC permite a los acreedores hacer observaciones al plan de liquidación antes de su aprobación.

No consta en autos que Bankia realizara observación alguna al plan de liquidación que permitiera objetar la decisión del administrador concursal de no incluir en el plan la realización de la vivienda habitual.

12.-Sentando todo lo anterior, que pone de manifiesto las imprecisiones del recurso de apelación, lo cierto es que en el concurso consecutivo el mediador concursal, al solicitar el concurso consecutivo, debe aportar el informe del artículo 75 de la LC y el plan de liquidación (artículo 242.2.1º LC). En el supuesto de personas físicas no empresarias el artículo 242 bis 10 LC determina que la declaración de concurso lleve aparejada la apertura de la fase de liquidación.

Estas especiales circunstancias conllevan que en el arranque del concurso consecutivo se concentren trámites procesales de distinta naturaleza y transcendencia, así como la apertura de plazos simultáneos de distintas actuaciones.

13.-En el supuesto de autos, las alegaciones de Bankia son propias de la impugnación del inventario y como tal deben aceptarse y tramitarse para hacer frente a una decisión del administrador concursal que incluso podría ser objeto de control de oficio por el juez al amparo del artículo 148.2 de la LC.

CUARTO. - Sobre el alcance del principio de universalidad en la normativa concursal.

14.-El artículo 76.2 de la LC determina que sólo deban excluirse del inventario de la masa activa los bienes o derechos con contenido patrimonial que sean inembargables. Al no haber un concepto de inembargabilidad en la LC, habrá que acudir a las normas del procedimiento civil. En la Ley de Enjuiciamiento Civil no hay disposición alguna que determine que el domicilio habitual sea por su naturaleza inembargable.

15.-Cuestión distinta de la inembargabilidad es que, dentro del procedimiento concursal haya bienes o derechos que puedan salir de la masa activa bien porque el acreedor haya iniciado una ejecución separada que no se suspenda (artículo 57 LC), o bien porque no tengan valor de realización (artículo 176 bis 2 LC); se trata de supuestos específicos sujetos a requisitos concretos que justifican que un bien inicialmente incluido en la masa activa del concurso, pueda excluirse en un momento posterior.

16.-En el supuesto de autos la vivienda habitual de la concursada ni es inembargable, ni se inició la ejecución separada, si carece de valor de realización.

17.-La administración concursal incurre en imprecisiones tanto en su informe, como en su escrito de oposición. No tiene sentido que se excluya el bien de la masa activa del concurso, que el crédito derivado del préstamo hipotecario se califique en el informe como ordinario y, sin embargo, se invoque el artículo 155.2 de la LC para la rehabilitación del préstamo, puesto que el artículo 155 se refiere exclusivamente a créditos con privilegio especial.

18.-Tampoco es acertada la alegación de la administración concursal respecto de la incidencia de las expectativas de venta del inmueble en el concurso y su relación con el artículo 94.5 de la LC.

El administrador concursal establece como valor del bien en el inventario 211.000 €, valor que es el que expresa la concursada en la documentación que acompañaba a su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos. Si el administrador concursal consideraba que el valor de mercado era inferior, debería haberlo hecho en su inventario, no puede alegarlo como una circunstancia posible en un escenario de realización que no se ha dado. Por lo tanto, el inmueble tiene un valor de mercado cierto y, además, es uno de los elementos de mayor valor en el patrimonio de los deudores.

19.-El artículo 94.5 de la LC no es el instrumento adecuado para establecer el valor de un bien, sino que es el instrumento para ponderar el alcance en el concurso del privilegio especial, por tanto, un acreedor con una garantía real previa puede encontrarse en el concurso con la calificación como crédito ordinario si la garantía carece de valor (por ejemplo segundas o terceras hipotecas).

20.-Al excluir la vivienda habitual del inventario de la masa activa y del plan de liquidación, el administrador concursal ha privado al acreedor con privilegio especial de sus legítimas expectativas de cobro del crédito dentro del concurso, con cargo al bien sujeto a ese privilegio especial.

21.- Al excluir la vivienda habitual del inventario de la masa activa y del plan de liquidación, el administrador concursal no indica las consecuencias finales de esa decisión, por lo que, podría darse la paradoja de que el acreedor hipotecario pudiera iniciar la realización ordinaria del bien en un procedimiento judicial individual, alegando que ese bien no se ve afectado por las consecuencias del concurso. Con ello, la posición del deudor hipotecario sería de mayor vulnerabilidad.

22.- En definitiva, debe estimarse el recurso de apelación y debe requerirse a la administración concursal para que incluya en la masa activa del concurso y en el plan de liquidación la vivienda habitual de la concursada.

QUINTO. - Sobre las consecuencias de la inclusión de la vivienda habitual en el concurso y la "rehabilitación" del contrato.

23.- La administración concursal invocaba el artículo 155.2 de la LC para "rehabilitar" el contrato de préstamo. La referencia a este precepto sólo puede entenderse en el marco del concurso. No tiene sentido excluir un bien de la masa activa, para luego intentar

valer un mecanismo previsto para bienes incluidos en el inventario, sujetos a privilegios especiales.

La rehabilitación de créditos está regulada en el artículo 68 de la LC y tiene su sentido en la fase común, no en la liquidación.

El artículo 155.2 de la LC lo que habilita es trámite para que, en interés del concurso, un crédito con privilegio especial pueda convertirse en un crédito contra la masa, evitando así la realización del bien.

24.-La decisión del artículo 155.2 de la LC corresponde al administrador concursal que debe realizar una serie de comprobaciones referidas, en primer lugar, a que el contrato del que nace la obligación con privilegio especial esté en vigor, es decir, no haya vencido. En segundo lugar, que la masa activa del concurso disponga de liquidez suficiente para el inmediato pago de las cuotas vencidas y las que puedan vencer durante el procedimiento. En tercer lugar, que esa decisión sea de interés para el concurso, es decir, que suponga menor sacrificio para el concurso el pago con cargo a la masa, que la venta del bien que garantiza la obligación.

Es un contrasentido excluir un bien de la masa activa y, simultáneamente, plantear el pago del crédito pendiente por la vía del 155.2 de la LC. Además, no disponemos de ningún elemento de juicio que permita comprobar si concurren o no los requisitos legales para activar este instrumento. Esta decisión deberá adoptarse en el marco del procedimiento concursal y con sujeción a las garantías correspondientes.

SEXTO.- Sobre la incidencia en el concurso de las normas de protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social.

25.-Otro de los motivos invocados por la administración concursal para justificar la exclusión de la vivienda habitual del inventario es que los deudores se encontraban dentro de los supuestos legales que permiten la reordenación del crédito hipotecario a las personas que se encontraban en esta situación. En los escritos se invoca el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

26.-Antes de abordarse la reforma de la Ley Concursal para facilitar la exoneración del pasivo insatisfecho, el legislador español acudió a tres normas destinadas a la protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social, o socialmente vulnerables; se trata del citado RDL 6/2012, el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Ni la Ley 14/2013, por la que se introduce por primera vez en la LC la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho, ni en el RDL 1/2015, en el que se configura el artículo 178 bis y los artículos 230 a 242 bis en su redacción actual, ni la Ley 25/2015, por el que se convalida el RDL 1/2015, establecen normas de armonización y concordancia entre la protección de los deudores hipotecarios, y el régimen de insolvencia de personas físicas no empresarios.

27.-Ante esta falta absoluta de coordinación entre normas, lo primero que debe establecerse es que la normativa sobre deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social se centra única y exclusivamente en supuestos de préstamos hipotecarios sobre viviendas habituales en los que se hayan constatado incumplimientos por parte de los deudores y se haya iniciado la ejecución. Las medidas legislativas se adoptan única y exclusivamente para las deudas garantizadas con hipoteca y dentro de un procedimiento de ejecución individual.

Esta normativa de protección del deudor hipotecario podrá invocarse en el concurso cuando se haya de proceder a la realización de los bienes hipotecados.

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

27.2. Si el deudor hipotecario no tiene reconocida esa situación fuera del concurso, deberá realizarse en el concurso, impulsada por el deudor o por el administrador concursal, en caso de que el deudor tenga suspendidas sus facultades patrimoniales por haberse abierto la liquidación (artículo 145 de la LC).

28.-El artículo 3.3 del RDL 6/2012 apunta el procedimiento por el que un deudor puede obtener el reconocimiento de encontrarse en riesgo de exclusión social; el RDL establece un trámite extrajudicial ante la propia entidad financiera, dado que deberá ser ante ella donde el deudor presente una serie de documentación que se refiere a su situación patrimonial, la situación patrimonial de la unidad familiar, el valor de la vivienda sobre la que se constituyó la garantía y otra serie de parámetros económicos que permitirán a la entidad financiera, siempre que haya aceptado el llamado Código de Buenas Prácticas, reconocer al deudor esa situación de riesgo y articular las alternativas que el propio RDL establece para evitar la ejecución hipotecaria (fijar períodos de carencia, redefinir el principal y los intereses pactados, convertir la compra de la vivienda y su ejecución en un contrato de alquiler ...). Todas esas medidas se adoptan previo reconocimiento extrajudicial de la situación y, desde un punto de vista jurídico, suponen una redefinición de los derechos y obligaciones entre prestamista y prestatarios. Este RDL no establece que las decisiones sobre los deudores se adopten judicialmente.

29.-Trasladando las normas de este RDL al procedimiento concursal debe advertirse que el juez del concurso no puede acordar el reconocimiento de esta situación de riesgo de exclusión social, tampoco puede hacerlo el administrador concursal, aunque sí podría impulsar el trámite extrajudicial correspondiente.

La iniciativa del deudor o del administrador concursal porque le sea reconocida esa situación de riesgo no es un acto unilateral, una declaración en la que se afirme que se cumplen los requisitos formales y de fondo, sino que determina un reconocimiento por parte de la entidad financiera. Por tanto, la incorporación a los autos de un acta de manifestaciones de la concursada no es suficiente para entender reconocida la situación de riesgo.

30.-El artículo 2 de la Ley 1/2013, referido al acuerdo de suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables sí determina que es

el juez competente para la ejecución hipotecaria el que debe comprobar que concurren los requisitos legales.

Por lo tanto, el juez del concurso tendrá atribuidas las competencias previstas en la medida en la que tenga competencias para la realización de la vivienda, es decir, debe estar incluida en el inventario o masa activa del concurso y debe ser objeto del plan de liquidación. El trámite para reconocer esa situación de vulnerabilidad debe ser previo al inicio de las operaciones de realización y el plan de liquidación deberá incluir las previsiones necesarias para el cumplimiento de este régimen legal especial, previsto en la Ley 1/2013, que debe integrarse en el régimen de liquidación concursal referido en el artículo 148 y 149 de la LC. No tendría sentido que el deudor hipotecario tuviera un régimen de protección más débil dentro del concurso que fuera de él.

31.-Debe tenerse en cuenta que las medidas del RDL 6/2012 se refieren a las relaciones entre prestamista y prestatario antes de la ejecución, fijando un trámite no judicial; las medidas de la Ley 1/2013 se refieren a las circunstancias personales del deudor ejecutado en un procedimiento judicial de realización de títulos no judiciales. Las normas son complementarias, pero no pueden confundirse.

32.-Al decidir el administrador concursal excluir de la masa activa del concurso y del plan de liquidación la vivienda habitual, está privando al juez del concurso de la posibilidad de reconocer la situación de vulnerabilidad del deudor ejecutado en el marco del concurso.

SÉPTIMO. - Consecuencia de todo lo anterior y sus efectos en el concurso.

33.-A la vista de las consideraciones realizadas en los fundamentos anteriores, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por Bankia, por tanto, la vivienda habitual debe integrarse en la masa activa del concurso.

34.-Bankia solicita no sólo la inclusión del bien en la masa activa, sino el sometimiento de la vivienda al plan de liquidación propuesto para realizar otros bienes de la Sra. Silvia

Consideramos que esa segunda petición no puede prosperar o, por lo menos, no puede hacerlo de modo automático ya que, integrada la vivienda en la masa activa del concurso, el administrador concursal deberá ponderar si se dan los requisitos y circunstancias previstos en el artículo 155.2 de la LC, sometiendo esa decisión al trámite procesal correspondiente dentro del concurso, con todas las garantías previstas en dicho precepto.

Por otra parte, caso de no ser posible o viable el pago con cargo a la masa de la deuda derivada del préstamo hipotecario sobre la vivienda, el plan de liquidación deberá ponderar si concurren en el deudor los requisitos socioeconómicos que permitirían su reconocimiento como persona en riesgo de exclusión social, o persona integrada en un colectivo especialmente vulnerable. El plan de liquidación deberá proponer las medidas adecuadas para adecuar la realización de la vivienda habitual a las medidas que prevé tanto el RDL 6/2012 como la Ley 1/2013.

Por tanto, el administrador concursal deberá elaborar un nuevo plan de liquidación en el que se atienda a todos los requerimientos fijados en esta resolución”.

La SJM nº 1 de A Coruña, nº 286/2021, de 12 de julio, deniega la exclusión de la vivienda porque no se contaba con la conformidad del acreedor y no concurrían las circunstancias anteriormente enumeradas.

La SJM nº 2 de Murcia, 299/2017, de 20 de noviembre, acepta que no se liquide la vivienda del deudor, pero sin incluir el crédito en el plan de pagos, quedando el mismo al margen de la exoneración.

“Considera ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA que ostenta un crédito con privilegio especial sobre la vivienda del concursado que no ha sido objeto de liquidación porque se están atendiendo los pagos de las sucesivas cuotas de préstamo hipotecario. En este sentido entiende que el concursado no puede acogerse al modelo establecido en el artículo 178 bis 3.4º pues no ha satisfecho en su integridad los créditos contra la masa ni los créditos concursales privilegiados. En su caso podría someterse al modelo establecido en el artículo 178 bis 3.5º, pero para ello deberá presentarse plan de pagos que incluya el crédito con privilegio especial que ostenta ABANCA, siendo que si no se atienden los pagos, quedará expedita la vía de la ejecución hipotecaria del inmuebles que garantiza este préstamo.

Entiende este juzgador acertadas las alegaciones de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, si bien considero que no debe incluirse el pago de las cuotas de préstamo hipotecario en el plan de pagos.

Y lo anterior se afirma ya que en el presente caso se da un supuesto excepcional, y es que se solicita la conclusión y exoneración sin que se haya producido la venta del bien inmueble sujeto a préstamo hipotecario, y ello dado que como afirma la administración concursal se están atendiendo por tercero las cuotas del préstamo hipotecario.

En esas circunstancias considero correcta la solución aportada por la administración concursal y, por tanto, innecesaria la liquidación del bien, si bien como lógica contrapartida, el pago de dichas cuotas y todo lo referente a ese bien debe quedar fuera de la exoneración del pasivo insatisfecho (que no incluirá por tanto los créditos con privilegio especial, ordinarios y subordinados que pudieran resultar de la posible ejecución de dicho bien), por lo que, lógicamente en el caso de impago quedará expedita la vía de la ejecución hipotecaria del inmueble o cualquier otra vía judicial e incluso la continuación de la ejecución frente al concursado respecto de créditos ordinario o subordinados que se puedan generar y que sean superiores al precio de venta del bien”.

La inclusión de la cuota hipotecaria en el plan de pagos ha sido defendida por el Magistrado Rafael Yangüela Criado¹. A favor de esta opción se argumenta que para el resto de los acreedores resultaría más gravoso que el hipotecante se adjudicara la vivienda pues no podría atenderse ningún otro crédito, y además el deudor tendría que pagar un alquiler que probablemente superaría la cuota hipotecaria y ello supondría que el plan de pagos debería incluir una cifra inferior para el abono de los créditos en los cinco años siguientes.

¹ Ponencia La exoneración del pasivo insatisfecho. Estado actual de la cuestión.

Fernández Seijo JM²., ha considerado que cabe una alternativa a la ejecución de los bienes sujetos a privilegio especial en la medida en que el art. 178 bis 6 LC (art. 495.2 TRLC) prevé que haya deudas de vencimiento posterior a los 5 años previstos para el pago de la deuda no exonerada, y el art. 155.2 LC (art. 430.2 TRLC) prevé que la administración concursal atienda estos créditos con cargo a la masa sin realización del bien (lo que también permite el art. 68 LC- art. 167 TRLC).

En el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 se concluyó que se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se puedan abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía, de forma que la realización de la vivienda no generará remanente para pagar al resto de los acreedores. Además, es necesario que el acreedor hipotecario consienta la conservación de la vivienda. Por lo tanto, sólo cuando concurren estas circunstancias, y a criterio del juez, podrá no liquidarse la vivienda.

Cuena Casas, M³., ha considerado que la no liquidación no es ajustada a la Ley porque la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio, y que aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar del régimen de segunda oportunidad. Argumenta que en caso de ejecución el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas y, sin embargo, si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC que es menos beneficiosa para el deudor. Concluye por ello que *“no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no sólo es ilegal, sino que además perjudica al deudor. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no”*.

Sendra Albiñana, A⁴., considera que la previsión del art. 414 TRLC, vencimiento de todos los créditos concursales tras la apertura de la fase de liquidación, constituye un obstáculo para permitir el pago aplazado del crédito hipotecario.

El AAP de Valencia, sección 9ª, nº 76/2021, de 18 de mayo, que en relación a la vivienda habitual sigue el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona, recuerda sobre la previsión de vencimiento anticipado de los créditos una vez abierta la fase de liquidación que la **Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, en Auto de 18 de mayo de**

² La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad. Madrid: Bosch, 2015. ISBN: 978-84-9090-052-9, pág.270.

³ La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 25/2015 de Segunda Oportunidad. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, nº 11, año 2016.

⁴ El mecanismo de segunda oportunidad. Derecho Preconcursal y Segunda Oportunidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021, pág. 139.

2018 (ECLI:ES:APB:2009:4337A), dando respuesta a un supuesto de condominio, declaró:

"Es cierto que, entre los efectos de la apertura de la fase de liquidación se encuentra el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC). Pero esta previsión legal, si bien opera ordinariamente de forma necesaria respecto de todos los créditos, no ocurre siempre respecto de los que gozan de una garantía real que les ha merecido la consideración de créditos con privilegio especial, pues en alguna ocasión podrá obviarse dicho efecto. No será infrecuente el supuesto en que el pago del crédito con privilegio especial esté fraccionado y aplazado, como ocurre con el préstamo hipotecario. Y de hecho la propia Ley concursal contempla esta posibilidad, al admitir entre los medios de pago del crédito con privilegio especial dentro de la fase de liquidación, la venta del bien hipotecado con la subsistencia del gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor (art. 155.3 LC). Para que esto tenga sentido, debemos presuponer que, en el caso del préstamo hipotecario, las cuotas no están vencidas y el adquirente se subroga en la posición del concursado, como prestatario, gozando de los mismos aplazamientos de pago.

Con mayor razón no será necesario el vencimiento anticipado en un supuesto como el presente, de concurso de persona física, en que el bien hipotecado es copropiedad del concursado, quien es, junto con el otro copropietario, deudor solidario de la obligación de devolución del préstamo. La existencia de otro deudor solidario, copropietario del piso hipotecado, explica que no existan cuotas vencidas e impagadas, por el interés del otro copropietario en evitar la ejecución. En estos casos, el acreedor hipotecario no tiene interés en el vencimiento anticipado, que además no resulta necesario para llevar a cabo las operaciones de liquidación, pues su crédito sigue garantizado con la totalidad del bien inmueble hipotecado, sin que la apertura de la liquidación suponga la pérdida de su garantía, porque en todo caso la realización del activo del concursado, si fuera necesaria para el pago del resto de los créditos que carecen de privilegio especial sobre dicho inmueble, afectaría no al bien inmueble sino al derecho del concursado sobre la mitad indivisa, que a la postre es lo único que puede enajenarse. Y esta enajenación de la mitad indivisa, lo es sobre un bien hipotecado con carácter previo a la declaración de concurso, y por lo tanto ya tiene en cuenta a la hora de valorar el derecho ejecutado la existencia del gravamen.

Si operáramos de otro modo, estaríamos lesionando de forma injustificada los derechos del otro copropietario, quien, obligado solidariamente al pago del préstamo hipotecario, está interesado en su cumplimiento, como lo prueba el que estuviera al día en el pago de los aplazamientos vencidos."

En todo caso, la previsión de vencimiento anticipado no es incompatible con el aplazamiento que se prevé en el caso del régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos (art. 495 TRLC) pues es ésta una norma especial.

El mismo autor considera que acreditado que el valor del inmueble no supera el crédito pendiente de pago, la única solución posible para evitar la realización de la vivienda sería declarar el inmueble irrealizable al amparo del número 3 del art. 468 TRLC para ulteriormente introducir el crédito hipotecario pendiente en el plan de pagos previsto en el art. 495 TRLC. No comparto esta opinión. El art. 468 TRLC permite dar por concluida la liquidación conservando el deudor bienes en propiedad, pero no en cualquier caso; es

preciso que los bienes o derechos sean legalmente inembargables, que estén desprovistos de valor de mercado o que su coste de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto del previsible valor venal, circunstancias éstas que habitualmente no concurren en los inmuebles hipotecados.

La Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de marzo de 2017 y el Proyecto de diciembre de 2019 contemplaron (arts. 498 y 499) la posible exoneración definitiva aun cuando el deudor no hubiera cumplido el plan de pagos si tuviera un crédito o préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual y se dieran una serie de circunstancias, con lo que se estaba presumiendo que el deudor podría no perder la vivienda. Sin embargo, la versión definitiva de TRLC no ha incluido tal previsión, luego la legislación concursal sigue sin amparar la exclusión.

Como ya he expresado en trabajos anteriores ⁵, a mi juicio, la vivienda del deudor debe ser liquidada en tanto en cuanto no se modifique la regulación actual, por las siguientes razones:

1. La liquidación y consiguiente ejecución de las garantías es impuesta por el art. 176 *bis*.4.2 LC, conforme al cual, en caso de insuficiencia de masa y siendo el deudor persona natural, debe designarse un administrador concursal que liquide los bienes existentes, pudiendo el deudor solicitar la exoneración una vez concluida la liquidación.
2. La obtención de la exoneración por el cauce del ordinal 4.º del apartado 3 del art. 178 *bis* LC exige que se hayan satisfecho los créditos concursales privilegiados, y la obtención de la exoneración por el cauce del ordinal 5.º del apartado 3 del art. 178 *bis* LC tiene como presupuesto la ejecución de las garantías según resulta del n.º 2 del apartado 5 del mismo precepto, conforme al cual queda exonerada la parte de los créditos del art. 90.1 LC que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía. El art. 178 *bis* LC no contempla excepciones, y entiendo que estas no pueden ser objeto de creación judicial en atención a las concretas circunstancias del caso, pues ello genera inseguridad jurídica y desigualdad en la aplicación del beneficio.
4. En principio, la no liquidación de la vivienda perjudica a los restantes acreedores, porque, se incluya o no la cuota en el plan de pagos, el deudor debe seguir pagando la cuota hipotecaria y será menor la cantidad que pueda destinar a pagar a los restantes acreedores, que serán los restantes privilegiados y contra la masa.
5. Si la cuota hipotecaria no se incluye en el plan de pagos y se deja el crédito a la suerte de una futura ejecución hipotecaria, el deudor terminará perdiendo igualmente su vivienda y no se verá beneficiado de la posible exoneración de la parte de crédito ordinario y subordinado.
6. Finalmente, si lo que mueve a contemplar la excepción es la esencialidad del bien, idéntico criterio debería seguirse con aquellos deudores cuyas viviendas no están afectas al pago de un crédito con privilegio especial.

La solución de exclusión trata de salvar la situación de desequilibrio y desproporción que se produce cuando se desprovee al deudor de su vivienda habitual, en contra incluso de

⁵ Cuadernos Digitales de Formación nº 12, año 2020. Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados destinados en juzgados y tribunales de lo mercantil.

la voluntad del propio acreedor, sin beneficio para los restantes acreedores y con perjuicio para el deudor en cuanto que se le impide obtener una segunda oportunidad para reconducir su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, su vida. Sin embargo, considero que la legislación vigente no ampara tal solución.

En relación con los bienes necesarios para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, que podrán estar o no afectos al pago de un crédito con privilegio especial (local donde se ejerce una actividad), de admitirse la exclusión de la vivienda, no veo inconveniente en valorar también la exclusión de dichos bienes dado que cuentan con un tratamiento equivalente en el Texto Refundido de la Ley Concursal. Así, el art. 591.2, en relación con la ejecución de las garantías reales tras la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, dispone:

“2. No obstante la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores con garantía real podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía. Si la garantía recayera sobre la vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, una vez iniciado el procedimiento, la ejecución sobre esos bienes o derechos se suspenderá por el juez que estuviere conociendo de las mismas hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario”.

Los bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial gozan de expresa salvaguarda en la medida en que desde la declaración de concurso no cabe iniciar ejecuciones contra los mismos y las iniciadas quedan suspendidas (arts. 144 y 145 TRLC). Sin embargo, en estos preceptos no se hace mención expresa de la vivienda. Estos bienes se protegen en la medida en que sirven a la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Si el art. 591.2 TRLC confiere idéntico tratamiento a la vivienda habitual y a los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, no se advierte razón para no dar idéntico tratamiento a los mismos en un planteamiento de exclusión conforme a lo expuesto.

Realmente, no parece que puedan darse las circunstancias para valorar la exclusión de los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor en un escenario de liquidación, pues si el deudor tiene capacidad para continuar con una actividad viable, pues en otro caso no cabría una solución de continuidad, parece razonable pensar que el escenario no sería el de liquidación.

II. LA DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA

La Directiva (UE) 2019/2023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) prevé en su artículo 23.3, como excepción a lo dispuesto en el art. 21 (plazo de exoneración), que los

Estados miembros puedan prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que:

- a) una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o
- b) no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia.

Por tanto, la Directiva ampara que la exoneración pueda obtenerse sin previa liquidación de la vivienda habitual, si bien en un plazo más largo.

Como antecedente de la Directiva, el apartado 32 c) de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque de la insolvencia y el fracaso empresarial, establecía que los *“Estados miembros deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más exigentes que resulten necesarias para garantizar los medios de subsistencia del empresario y su familia al permitirle conservar determinados activos”*.

III. PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

1. Cauces de exoneración y tratamiento de la vivienda habitual.

El 23 de diciembre de 2021, el Gobierno ha remitido al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de Directiva (UE) 2019/2023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que éste conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales (apartado I de la Exposición de Motivos).

Aunque la Directiva no lo impone, sí lo aconseja, se ha optado por mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores).

Se explica en la Exposición de Motivos que (apartado IV) que *“las estadísticas demuestran que en España se ha hecho un escaso uso de la exoneración del pasivo insatisfecho si se compara con lo que sucede en otros Estados de la Unión Europea. La explicación de esa menor incidencia en la práctica de este instituto en nuestro país ha de buscarse, quizá, en dos desajustes básicos que presenta la normativa vigente: por una*

parte, la modalidad básica de exoneración presupone el pago de un umbral mínimo de deuda, que se fija normativamente sin ninguna consideración de las circunstancias personales y patrimoniales del deudor. Por otra parte, el modelo hasta ahora vigente de exoneración del pasivo insatisfecho tiene como base o presupuesto la previa liquidación del patrimonio del deudor, lo cual resulta ilógico respecto del deudor que aspira a mantener una parte de sus bienes -precisamente aquéllos que le permitirían desarrollar la actividad empresarial o profesional de la que resultarán esas rentas o ingresos futuros-.

Resulta indispensable superar esta limitación de nuestro sistema de exoneración, de modo que el deudor pueda optar entre una exoneración inmediata con previa liquidación de su patrimonio y una exoneración mediante plan de pagos, en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin necesaria realización previa de todos sus bienes o derechos”.

“Se articulan dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa y la exoneración con plan de pagos. Estas dos modalidades son intercambiables, en el sentido de que el deudor que haya obtenido una exoneración provisional con plan de pagos, puede en cualquier momento dejarla sin efecto y solicitar la exoneración con liquidación. Con estas dos rutas o itinerarios para la exoneración del pasivo, nuestro derecho se aproxima a otros como el derecho norteamericano, en el que cabe una exoneración inmediata para deudores que carecen 19 de recursos (en el denominado Chapter 7) y una exoneración con plan de pagos y sin obligatoria liquidación de la masa activa (en el Chapter 13), el derecho francés (art. L 742-24 del Código de Consumo), o el derecho finlandés (art. 36.1 de la Ley de reestructuración de deudas de la persona natural), en los que el deudor puede obtener una exoneración tras un plan de reembolsos, manteniendo parte de sus bienes”.

Conforme a lo expuesto, el art. 486 del Proyecto establece que el deudor persona natural, sea o no empresario, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos y condiciones establecidos en esta ley, siempre que sea deudor de buena fe y por las siguientes vías: con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa y con liquidación de la masa activa.

1.1. Con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa.

Conforme al régimen de exoneración contemplado en la Subsección 1.^a (arts. 495 y ss.) de la Sección 3.^a siguiente.

Conforme al art. 495.2 del Proyecto, la solicitud de exoneración mediante plan de pagos podrá presentarse en cualquier momento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa. El art. 497.1 del Proyecto dispone que la duración del plan de pagos será, con carácter general, de tres años, siendo de cinco años cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia (art. 497.2.1º del Proyecto).

Por lo tanto, existe una previsión expresa de no realización de la vivienda habitual del deudor, si bien, en consonancia con la Directiva de Reestructuración de Insolvencia, se amplía en este caso la duración del plan de pagos (cinco años).

Debe tenerse presente que lo anterior no significa que el crédito con privilegio especial que garantiza la vivienda vaya a resultar, en caso de impago, total o parcialmente exonerado.

En este sentido, el art. 489.1.8° del Proyecto excepciona de la exoneración *“Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial, calculado conforme a lo establecido en esta Ley”*.

Significa esto que el crédito con privilegio especial, garantizado con la vivienda, no será incluido en el plan de pagos. Así resulta del art. 496.1 del Proyecto, conforme al cual *“En la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos exonerables que, según esa propuesta, vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan”*.

Que el crédito con privilegio especial no se incluya en el plan de pagos no debe significar que el art. 497.2.1° del Proyecto se esté refiriendo a una vivienda habitual libre de cargas, circunstancia inusual en un concurso, pues el plan de pagos no está desvinculado de las deudas no exonerables desde el momento en que el apartado 2 del art. 496 del Proyecto establece que la propuesta de plan de pagos debe relacionar en detalle los recursos previstos para, entre otros, la satisfacción de las deudas no exonerables.

Continuando con la no exoneración y necesario pago del crédito con garantía real, el art. 492 bis. 2 y 3, bajo la rúbrica *“Efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real”*, dispone lo siguiente en relación con las deudas con garantía real pendientes cuando se presenta el plan de pagos

“2. En el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan exceda del valor de la garantía calculado conforme a lo previsto en el título VI del libro primero de esta ley se aplicarán las siguientes reglas:

1.ª Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello sólo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. En caso de intereses variables, se efectuará el cálculo tomando como tipo de interés de referencia el que fuera de aplicación conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan, sin perjuicio de su revisión o actualización posterior prevista en el contrato.

2.ª A la parte de la deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto artículo 496 bis y recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 500.

3. Cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada”.

Tratándose de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan no excede del valor de la garantía, debe entenderse que las mismas deberán ser pagadas en el plazo contractualmente previsto aun cuando el art. 497.2.1° del Proyecto

prevea que la duración del plan de pagos será de cinco años. Aun cuando el art. 497 del Proyecto, a diferencia del art. 495.2 TRLC, no deje a salvo de la duración del plan de pagos los créditos que tengan un vencimiento superior, el crédito hipotecario es un crédito con privilegio especial que no se ve afectado por la exoneración (art. 489.1. 8º y 496 bis. 3 del Proyecto), y por ello no le resulta de aplicación la previsión del art. 496 bis.1 del Proyecto, conforme al cual *“Los créditos afectados por la exoneración se entenderán vencidos con la resolución judicial que conceda la exoneración provisional, descontándose su valor al tipo de interés legal”*. En consecuencia, estas deudas con garantía real deberán pagarse en el plazo contractualmente pactado. Si transcurridos los cinco años previstos para el cumplimiento del plan de pagos éste no hubiera sido revocado, se concederá la exoneración definitiva del pasivo exonerable insatisfecho.

1.2. Con liquidación de la masa activa sujetándose en este caso la exoneración al régimen previsto en la Subsección 2.ª (arts. 501 y 502) de la Sección 3.ª siguiente si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

La liquidación de la masa activa supone en este caso la realización de la vivienda habitual del deudor.

2. Exoneración del pasivo una vez abierta la fase de liquidación.

Conforme al artículo 413.1. 3º del Proyecto, si el concursado fuera persona natural la apertura de la fase de liquidación producirá como efecto *“el derecho a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, si concurren los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley”*.

El Proyecto suprime la referencia que el mismo precepto del Anteproyecto hacía a la modalidad de exoneración. En efecto, el art. 413.1. 3º del Anteproyecto añadía que *“en el caso de que el deudor quisiera acogerse a la modalidad de exoneración mediante plan de pagos, necesariamente deberá formular la solicitud dentro de los diez días siguientes a la apertura de la fase de liquidación”*. Por lo tanto, la apertura de la fase de liquidación no impedía solicitar la exoneración mediante un plan de pagos; la apertura de la fase de liquidación no implicaba necesariamente que la exoneración del pasivo exigiera previa liquidación de la masa activa.

Sin embargo, esta previsión contradecía el art. 495. 2 del Anteproyecto (no modificado en el Proyecto), precepto que en sede de exoneración regula la solicitud de exoneración mediante plan de pagos y conforme al cual *“La solicitud de exoneración mediante plan de pagos podrá presentarse en cualquier momento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa”*.

Puede concluirse, por tanto, que la apertura de la fase de liquidación aboca a solicitar la exoneración del pasivo con previa liquidación de la masa activa, lo que supondrá la realización de la vivienda.

Por otro lado, para el procedimiento especial para microempresas, el Anteproyecto no contenía una previsión semejante a la contenida en el artículo art. 413.1. 3º, lo que colocaba a los deudores en clara situación de desigualdad por el mero hecho de seguirse uno u otro procedimiento.

3. Procedimiento especial para microempresas.

En el procedimiento especial para microempresas, aplicable a los deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las características exigidas por el artículo 485.1 del Proyecto, también se prevé que el deudor pueda solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho tanto en el procedimiento de continuación, si el plan se frustrara, como en el procedimiento de liquidación, pero sólo previa liquidación de la masa activa y realización de la vivienda. Así se deduce de los artículos 700 y 715 del Proyecto.

Conforme al artículo 700 del Proyecto, dentro del capítulo III del título II dedicado a las *“vicisitudes del plan de continuación”*, *“En todos los casos de frustración del plan de continuación, si el deudor fuera persona física, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho conforme a lo establecido en el libro primero”*.

La frustración del plan de continuación comporta la apertura del procedimiento especial de liquidación siempre que el deudor se encuentre en insolvencia actual (artículo 699 bis del Proyecto), lo que supone que sólo podrá solicitarse la exoneración del pasivo previa liquidación de la masa activa y realización de la vivienda dado que la solicitud de exoneración mediante plan de pagos sólo cabe antes de la apertura de la fase de liquidación como hemos visto.

Por su parte, el artículo 715 del Proyecto, dentro del capítulo III del título III, dispone que *“En caso de deudor empresario o profesional persona física, una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente, podrá el deudor que reúna los requisitos legales para ello solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho conforme a lo establecido en el libro primero de esta ley”*.

Se advierte que la exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos y sin realización de la vivienda queda excluida para las microempresas.

Y esta posibilidad se excluye para las microempresas porque deben acudir al procedimiento especial y en este sólo se prevé el plan de continuación o el procedimiento especial de liquidación, en los que no tiene cabida, en la literalidad de la norma, la solicitud de exoneración a través de un plan de pagos.

Esta regulación ha sido criticada por CUANA CASAS, M., quien ha sostenido⁶:

“Resulta muy llamativo que a este procedimiento de exoneración con plan de pagos no puedan acudir las microempresas (persona física) que deben necesariamente acudir al procedimiento especial regulado en los arts. 687 y ss. APRLC. En este procedimiento se prevé un posible plan de pagos (plan de continuación) en el que deben los acreedores prestar su consentimiento. Se trataría como un convenio concursal. Pero si fracasa la salida convencional de la crisis prevista en el plan de continuación, la solución es la apertura de la fase de liquidación (art. 699bis APRLC) y tras ella el acceso a la exoneración (art. 716 APRLC). Por lo tanto, el empresario persona física que debe acudir

⁶ CUANA CASAS, M. “La exoneración del pasivo insatisfecho en el Anteproyecto de Reforma del Texto Refundido de la Ley concursal”, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 4 / 2021.

necesariamente al procedimiento especial para microempresas por reunir los requisitos previstos en art. 687 APRLC). Existe una discriminación negativa a estos empresarios a quienes se les priva de la posibilidad de una exoneración sin liquidación y ello, a mi juicio, contradice la filosofía de la DRI que quiere beneficiar de manera específica a los empresarios. Debería darse acceso a estos deudores a este itinerario de exoneración con plan de pagos siempre que lo pidan antes de la apertura de fase de liquidación. Ello incentivaría el éxito del plan de continuación por cuanto los acreedores podrían correr el riesgo de que el mismo fuera impuesto por el juez”.

En definitiva y como conclusión, sólo cuando la exoneración del pasivo pueda solicitarse a través de un plan de pagos, lo que sólo cabe con carácter previo al acuerdo del juez de liquidación de la masa activa (art. 495.2 del Proyecto), podrá no realizarse la vivienda habitual del deudor.

Olga Ahedo Peña

Bilbao, a nueve de enero de dos mil veintidós.