



Universidad de Valladolid



## Máster de Acceso a la Abogacía

# “LA VIVIENDA HABITUAL EN EL CONCURSO CONSECUTIVO DE LOS CÓNYUGES”

Presentado por:

Fernando Gómez Gutiérrez

Tutelado por:

Luis Antonio Velasco San Pedro

Marina Echevarría Sáenz

*En Valladolid, a 3 de febrero de 2022.*

## ÍNDICE

1.	RESUMEN/ABSTRACT .....	3
2.	ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
3.	CONCEPTOS PREVIOS .....	6
3.1	La vivienda en el ordenamiento jurídico español (aspecto jurídico y social).....	6
3.2	La vivienda habitual en la normativa concursal.....	7
3.3	Concursos conexos.....	9
3.4	Concurso consecutivo.....	10
3.5	Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.....	12
4.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	15
4.1	¿En caso de matrimonio es posible la declaración conjunta de concursos de los dos cónyuges? ¿Cabe confusión de masas? ¿Qué consecuencia tiene que uno de los dos cónyuges sea o hubiera sido empresario? ¿A qué juzgado le corresponde la competencia objetiva para conocer de estos concursos: al Juzgado de Primera Instancia o al Mercantil? 15	
4.2	¿Qué se considera intentar el acuerdo extrajudicial de pagos? .....	22
4.3	¿Es posible la exclusión de la vivienda del plan de liquidación en caso de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho? Ley de segunda oportunidad.....	26
4.4	¿Cómo afecta el concurso a la vivienda habitual si la deuda proviene de la actividad empresarial? ¿Qué ocurre si existe declaración de responsabilidad limitada?.....	35
4.5	¿Qué regulación de la vivienda se contempla en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas? .....	37
4.5	DERECHOS CRUZADOS. ¿Tiene la directiva primacía y es ejecutable con alcance general desde que se aprueba? .....	38
5.	CONCLUSIONES .....	41
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	47

## **1. RESUMEN/ABSTRACT**

### **RESUMEN**

El objetivo de este dictamen es analizar el proceso del concurso consecutivo y conexo de los cónyuges y su posterior solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En relación con esta última figura este escrito pretende estudiar la situación de la vivienda habitual de los cónyuges tras el acceso al mencionado beneficio.

Analizando la tutela que obtiene la vivienda habitual de las personas concursadas que acceden al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el marco de la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria.

**Palabras clave:** Concurso de personas físicas, acuerdo extrajudicial de pagos, vivienda habitual, beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, directiva.

### **ABSTRACT**

The objective of this assignment is to analyze the process of bankruptcy proceedings of natural persons and their subsequent request for the discharge of debt. Related to this, the paper plans to study the situation of the spouses' main residence after gain admission to the aforementioned benefit.

Analyzing the protection obtained by the main residence of the bankrupt persons who gain admission to the discharge of debt within the framework of national and European regulation and jurisprudence.

**Key words:** Bankruptcy of natural persons, out-of-court payment agreement, main residence, discharge of debt, directive.

## **2. ANTECEDENTES DE HECHO**

D. Gonzalo Pérez Ruiz y Dña. María Blanco Hernández son un matrimonio con un hijo menor de 13 años a su cargo, sin capitulaciones matrimoniales, por lo que su régimen económico matrimonial es la sociedad de gananciales.

Gonzalo es ingeniero informático. Aunque empezó trabajando por cuenta ajena en la sociedad INFOTICS S.L., los últimos 4 años ha venido realizando trabajos por cuenta propia. Gonzalo se constituyó como emprendedor de responsabilidad limitada, quedando inscrito como tal en el Registro Mercantil, por lo que responde de las deudas de su actividad con todos sus bienes presentes y futuros salvo la vivienda habitual hasta 300.000 euros.

La llegada de la pandemia ha generado una gran crisis que le ha impedido seguir realizando los trabajos tal y como los hacía previamente, cesando con ello su actividad y habiéndose dado de baja del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el año 2021.

Por su parte su cónyuge María, es diplomada en magisterio y llevaba diecisiete años trabajando como profesora en el colegio Santo Ángel. Como consecuencia de la pandemia el colegio inevitablemente tuvo que cerrar por lo que actualmente se encuentra en paro, percibiendo solamente la prestación por desempleo.

**PRESTACIÓN DE DESEMPLEO:** De ambos cónyuges.

**VIVIENDA:** Ambos viven en un piso sito en la calle XXX, inmueble que supone su vivienda habitual. La vivienda fue comprada en el año 2015, gracias a un préstamo hipotecario de tipo fijo a 20 años con la entidad bancaria XXX.

La vivienda tiene titularidad ganancial y se adquirió por los dos cónyuges, previamente a la actividad empresarial de don Gonzalo.

**VALOR(PROVISIONAL):** Valor de mercado de la vivienda tasado en 135.000 euros. Préstamo hipotecario de 200.000 a 20 años más intereses, por un valor de 833,33333 euros más intereses al mes bajo las **CONDICIONES:** TIN:1,30% TAE: 2,19%.

La cantidad pendiente de pago asciende a 140.000 euros de capital principal y 4.886,0024 euros de capital pendiente por intereses.

Al encontrarse desempleados, únicamente con la prestación de desempleo que perciben ambos, se encuentran en una situación en la que no pueden hacer frente a sus deudas y además realizar los gastos necesarios para continuar en su vivienda, habiendo dejado de pagar sus principales obligaciones desde el mes de agosto de 2020.

A la fecha sus deudas son las que se indican a continuación:

PASIVO INSATISFECHO:

-Préstamo hipotecario (167.000 €).

-Tarjeta VISA Gonzalo. (6.500 €)

-Tarjeta VISA María. (10.000€)

Tras el correspondiente asesoramiento recibido de un despacho de abogados especializado, acuden a una notaría para iniciar el trámite para llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos. El notario propone a dos mediadores que rechazan el asunto por lo que concluye el acuerdo extrajudicial de pagos, no sin antes incluir un plan de pagos.

### **3. CONCEPTOS PREVIOS**

#### **3.1 La vivienda en el ordenamiento jurídico español (aspecto jurídico y social).**

Comenzando con una conceptualización y contextualización de la vivienda en el ordenamiento jurídico español debemos analizar su tratamiento en primer lugar, en la Constitución Española de 1978, dentro del capítulo III del título I, en su artículo 47, en el que se ampara el derecho a una vivienda digna al señalar que:

*“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”*

La vivienda es uno de los bienes más preciados y como tal necesita de una protección especial más allá de la tutela generada por el derecho a la propiedad. En el ámbito social ante las distintas problemáticas generadas, inicialmente, por la crisis de 2008 y, actualmente, por la crisis del COVID-19, se ha evidenciado esta necesidad de protección.

Este precepto, configura el derecho a la vivienda como un derecho fundamental específico, dentro de los denominados principios rectores de la política social y económica como consecuencia de la declaración de España como un Estado social, tal y como señala el artículo 1 de la Carta Magna. No obstante, al figurar en la sección 2ª del capítulo 2º, carece de tutela jurisdiccional a través del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, así como de acceso al recurso de amparo, conforme dispone en su artículo 53.2.

Los principios rectores de la política social y económica de forma genérica y concretamente el derecho a la vivienda, han venido ganando importancia configurando una exigencia a los poderes estatales para cubrir necesidades básicas de la población, necesidades que deben ser

atendidas sin que pueda existir discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, economía, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

### **3.2 La vivienda habitual en la normativa concursal.**

El derecho a la vivienda encuentra un punto de contraste en las situaciones de insolvencia que, por su propia naturaleza, pueden llegar a afectar a su disfrute, que puede verse abruptamente interrumpido por el desahucio, en caso de arrendamiento, o ejecución hipotecaria, en caso de haberse comprado mediante financiación con esta garantía. Por otro lado, aunque no haya deudas pendientes en relación con la vivienda, la insolvencia puede acabar provocando la liquidación de la vivienda, para hacer frente al pago de otros acreedores. En este contexto, hay que remitirse a lo dispuesto en la legislación concursal en cuanto normativa reguladora de la insolvencia.

Ante la falta de definición de la vivienda habitual en la legislación concursal, hay que recurrir a su definición en la legislación en materia tributaria. En concreto, en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio y los artículos 41 bis y 55.5 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se señala:

*“A efectos fiscales, se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de, al menos, tres años.*

*No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual, cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo o cambio de empleo u otras análogas justificadas.”*

En otras normas legales, sin llegar a realizarse una definición concreta, sí que se menciona la vivienda habitual. Así en el orden civil, se hace una distinción entre vivienda habitual y vivienda familiar.

En el artículo 1320 del Código Civil se determina que para disponer de la vivienda habitual se exige siempre el consentimiento de ambos cónyuges, incluso si únicamente es propiedad de uno de ellos con independencia del régimen económico matrimonial.

*“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.”*

Por otro lado, en el ámbito del régimen económico de gananciales se hace una regulación especial de la vivienda habitual. En este sentido la vivienda habitual adquirida por uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, pero que se continúa pagando después de su celebración, pertenecerá a ese cónyuge de forma privativa en la parte pagada antes de contraer matrimonio, y a la sociedad de gananciales, en la parte pagada con posterioridad.

En el Código Civil también se menciona la vivienda habitual en otros preceptos relacionados con el matrimonio y el régimen económico matrimonial, entre otros, los artículos 69, 70, 1406.

El Texto Refundido de la Ley Concursal (de ahora en adelante TRLC) trata la vivienda habitual del concursado en solo 4 artículos<sup>1</sup>, pero no existe una protección específica de la vivienda habitual del concursado en el TRLC. Por todo ello, es necesario acudir a conexiones normativas de diferentes cuerpos legales y a interpretaciones correctoras e integradoras que arrojen algo de luz sobre una situación tan dramática como es la pérdida de la vivienda.

No hay mejor protección en la normativa concursal que la que otorga el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si se dan los requisitos que expondremos más adelante. Sin embargo, la protección que otorga este instituto no es una tutela directa sobre la vivienda habitual del concursado sino, sobre la deuda contraída por el concursado.

---

<sup>1</sup> Artículos 125 194 591 y 635.

La protección de la vivienda habitual en base a estas conexiones normativas e interpretaciones correctoras será desarrollada a lo largo de este Dictamen.

### **3.3 Concursos conexos.**

Los concursos conexos se regulan en el capítulo VI del TRLC, artículos 38 y ss. Se entiende por concurso conexo aquellos concursos que por tener vinculación entre sí pueden tramitarse de forma conjunta, simplificando los problemas de coordinación entre los efectos y la tramitación de cada uno de ellos.

En primer lugar, debemos distinguir el momento en el que se produce la acumulación, bien inicialmente a través de una declaración conjunta en el momento de la solicitud, o bien de forma sobrevenida cuando se trate de “concursos ya declarados”.

En segundo lugar, tenemos que mencionar los efectos que derivan de la acumulación del proceso, diferenciando entre la acumulación meramente procesal y la acumulación material.

La primera de ellas se refiere a la mera coordinación de concursos, en los que el correspondiente a cada deudor se tramita de forma independiente con su propia masa activa y pasiva. Ambos concursos únicamente se pueden conectar a través de la vinculación de convenios regulada en el artículo 319.2. del TRLC.

La segunda de ellas aparece como excepción al principio de no acumulación, regulada en el artículo 43 del TRLC. La acumulación material aparece cuando existe confusión entre las masas de los deudores sin poder descifrar la titularidad del activo y el pasivo.

*Artículo 43: “Excepcionalmente, el juez, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, podrá acordar la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificado”*

En cuanto a los supuestos en los que cabe acumulación de concursos diferenciamos entre concurso voluntario (artículo 38 del TRLC) y concurso necesario (artículo 39 del TRLC).

El artículo 38 del TRLC permite la declaración conjunta de concurso voluntario cuando los deudores son cónyuges, socios o administradores responsables de las deudas de una persona jurídica y sociedades pertenecientes al mismo grupo.

*Artículo 38: “Aquellos deudores que sean cónyuges, socios o administradores total o parcialmente responsables de las deudas de una persona jurídica y las sociedades pertenecientes al mismo grupo podrán solicitar la declaración judicial conjunta de los respectivos concursos”.*

Por otro lado, el artículo 39 permite la declaración conjunta de concurso necesario cuando los deudores son cónyuges, sociedades del mismo grupo o existe confusión de patrimonios.

*Artículo 39: “El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando sean cónyuges, cuando se trate de sociedades que formen parte del mismo grupo o cuando exista entre ellos confusión de patrimonios”.*

### **3.4 Concurso consecutivo.**

El concurso consecutivo es un procedimiento judicial creado en 2013 por la denominada ley de emprendedores<sup>2</sup>, que estableció procedimientos preconcursales con la finalidad de ayudar a los deudores en situación económica grave para intentar evitar la declaración en concurso.

Por lo que aquí interesa, el concurso consecutivo se vincula a un intento previo de mediación concursal o acuerdo extrajudicial de pagos con resultado negativo, de modo que este trámite extrajudicial es requisito previo para acceder al concurso consecutivo.

El concurso consecutivo se tramita conforme a la regulación para el procedimiento abreviado, a solicitud del mediador concursal, de los acreedores o del propio deudor.

Normalmente el juzgado requiera al deudor la acreditación de haber intentado el acuerdo con sus acreedores y que aporte prueba de ello. Con ello el deudor del concurso consecutivo disfrutará de un régimen procesal especial, más simple y la posibilidad de acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

El texto refundido de la Ley Concursal en su artículo 695 establece que:

---

<sup>2</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

*“Se consideran concursos consecutivos:*

- a) El del deudor insolvente que, en caso de no haber alcanzado un acuerdo un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos tipificados en esta ley, se declare a solicitud del propio deudor, de acreedor o, en el caso de un acuerdo extrajudicial de pagos, también a solicitud del mediador.*
- b) El del deudor insolvente que se declare a solicitud del deudor que manifieste no poder cumplir el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos que hubiera alcanzado con los acreedores, así como el que se declare a solicitud del propio deudor o de acreedor, anterior o posterior a cualquiera de estos acuerdos, en caso de incumplimiento del que se hubiera alcanzado.*
- c) El del deudor insolvente que, en caso de declaración judicial de nulidad o de ineficacia del acuerdo alcanzado, se declare a solicitud del deudor o de acreedor anterior o posterior al acuerdo anulado o declarado ineficaz.”*

Del análisis del artículo se coligen las siguientes notas características para definir el concurso consecutivo:

\_ Se declarará en los supuestos de insolvencia de deudores en los que se de alguno de los siguientes requisitos:

- De no llegarse a acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud hecha por deudor, acreedor o mediador concursal, en este último caso si existiera acuerdo extrajudicial de pagos.
- La solicitud realizada por el deudor que declare imposibilidad de cumplimiento de acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos previamente alcanzado.
- La solicitud del acreedor o deudor ante el incumplimiento del acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos, incluso con anterioridad a estos acuerdos.
- En el supuesto de que los acuerdos alcanzados devengan nulos o ineficaces, la solicitud del deudor o acreedor, incluso con anterioridad a estos acuerdos.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en el auto de 16 de octubre de 2020 (AAP 8729/2020) razona que el concurso consecutivo es un procedimiento de insolvencia que tiene algunas

particularidades procesales y algunas consecuencias. Así se deriva del artículo 242 del TRLC, que *"tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento."*

### **3.5 Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.<sup>3</sup>**

El Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante BEPI) se introdujo en nuestro ordenamiento con la entrada en vigor de la Ley de Segunda Oportunidad<sup>4</sup>. El objetivo de esta norma era dar a los deudores personas naturales de buena fe medios para paliar las consecuencias de su situación de insolvencia, principalmente en relación con el principio de responsabilidad ilimitada (consagrado en nuestro Derecho por el artículo 1911).

Se denomina "segunda oportunidad" ("discharge" o "fresh start" en derecho comparado) porque consiste en dar una segunda oportunidad a las personas físicas inmersas en situaciones de insolvencia, para que puedan iniciar una nueva idea empresarial sin quedar lastrados de por vida a las deudas anteriores.

En definitiva, se trata de un mecanismo que permite la cancelación definitiva de las deudas con matices y requisitos que estudiaremos en este escrito.

El texto refundido de la Ley Concursal en su artículo 486 establece que:

*"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, el deudor persona natural podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho."*

La Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 13 de febrero de 2017 (ROJ SAP B 29/2017) aclara dos supuestos en los que hay posibilidades para pedir la exoneración: *"la primera, que se haya concluido las operaciones de liquidación del patrimonio del concursado. Una vez concluida la liquidación, la administración concursal debe presentar el informe final al que se refiere el art. 152.2 LC, en el que, entre otras cosas, debe de manifestar que no existen otros bienes o derechos del concursado pendientes de realizar, aunque también es importante destacar que el propio precepto admite que el concursado*

---

<sup>3</sup> RUIZ DE LARA, Manuel: *El concurso de persona natural. Análisis del concurso consecutivo conforme al Texto refundido de la Ley concursal*, AFERRE EDITOR S.L., Gran Vía de les Corts Catalanes 510, Barcelona, 2021.

<sup>4</sup> Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

*pueda conservar la propiedad de ciertos bienes en determinadas circunstancias. En tal caso, previa audiencia de las partes, el juez del concurso debe de acordar la conclusión del concurso, conforme a lo previsto en el art. 152.3 LC. Pues bien, el propio art. 178 bis. 2 prevé que en ese mismo plazo de audiencia el concursado pueda pedir la exoneración del pasivo insatisfecho.”*

De cara al desarrollo del dictamen es de vital importancia aclarar lo que determinaba el artículo 468.3 del TRLC<sup>5</sup>, estableciendo la posibilidad de que a pesar de la conclusión del concurso el deudor mantenga la posesión de determinados bienes.

En cuanto a los presupuestos objetivos del Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho debemos mencionar el artículo 488 del Texto Refundido<sup>6</sup> y hacer referencia al Auto del Juzgado Mercantil de La Coruña de 6 de octubre de 2020 (AJM 60/2020) que determina:

*“el presupuesto objetivo se regula actualmente en el artículo 488 del TRLC. En el artículo 178 bis LC se incluía, dentro de la delimitación de los requisitos que debían concurrir para que el deudor fuese considerado de buena fe, la satisfacción de un determinado umbral de pasivo o, en su lugar, del sometimiento a un plan de pagos - vid. número 4 y 5 del apartado 3 del artículo 178 bis LC -. En el Texto Refundido, tanto la celebración -o, en su caso, el intento de celebración- de un acuerdo extrajudicial de pagos, como la satisfacción de una parte de los créditos, se reconduce al presupuesto objetivo para la obtención del beneficio. Sin embargo, en lo que atañe al requisito del intento de un acuerdo extrajudicial de pagos -que se enunciaba en el artículo 178 bis, apartado 3, número 3, LC -, es importante destacar que en la regulación diseñada en el Texto Refundido la inexistencia de un intento de acuerdo extrajudicial de pagos no impedirá la obtención del beneficio de exoneración de pasivo, ni en el régimen de concesión inmediata, ni en el régimen especial por aprobación de un plan de pagos. En efecto, el artículo 488, apartado 2, TRLC al regular el presupuesto objetivo para la*

---

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Artículo 468.3: *En el informe final de liquidación el administrador concursal expondrá si el deudor tiene la propiedad de bienes o derechos legalmente inembargables, y si en la masa activa existen bienes o derechos desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto del previsible valor venal, así como si existen bienes o derechos pignorado o hipotecados*

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Artículo 488: *“1. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.*

*2. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá obtener ese beneficio si en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.”*

*obtención del beneficio prevé que también podrá obtener este beneficio el deudor que, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos”.*

Básicamente se permite acceder al BEPI si se dan los siguientes requisitos:

- Haber satisfecho íntegramente los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.
- Haber celebrado o intentado acuerdo extrajudicial de pagos
- En caso de no haber intentado acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor podrá acceder al BEPI si además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados se hubieran saldado el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

#### 4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### 4.1 ¿En caso de matrimonio es posible la declaración conjunta de concursos de los dos cónyuges? ¿Cabe confusión de masas? ¿Qué consecuencia tiene que uno de los dos cónyuges sea o hubiera sido empresario? ¿A qué juzgado le corresponde la competencia objetiva para conocer de estos concursos: al Juzgado de Primera Instancia o al Mercantil?

En base a lo mencionado en los conceptos previos, al hablarse del concurso conexo se puede afirmar que es posible la declaración del concurso de dos sujetos distintos, en el caso que nos ocupa, ya que D. Gonzalo y Dña. María son cónyuges y, por tanto, se da una de las situaciones en las que la normativa concursal permite presentar la solicitud del concurso de forma conjunta en virtud de los artículos 38 y ss. del TRLC.

Ahora bien, como se ha expuesto en los conceptos previos la declaración conjunta del concurso puede tener efectos distintos. En virtud de la normativa concursal en España existe un principio general cuando la conexión entre los sujetos tiene como efecto la tramitación coordinada de los procesos concursales (acumulación formal). Por otro lado, la consolidación (acumulación material o sustantiva) aparece como excepción a la norma general cuando existe confusión de patrimonios e imposibilidad de dividir activos y pasivos. En este punto nos dirigimos a analizar que efecto produciría la declaración conjunta de concurso de los cónyuges.

La acumulación sustantiva viene regulada en el artículo 43 del TRLC, determinando como requisitos para la consolidación, confusión de patrimonios e imposibilidad de dividir activos y pasivos de los patrimonios sin incurrir en demora o gasto injustificado.

Dicho esto, podemos definir la consolidación sustantiva como aquella que *“da lugar a que un tribunal que sustancie procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un mismo grupo ignore, cuando proceda hacerlo, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordene que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Por tanto, los bienes de cada una de ellas se*

*tratan como si formaran parte de una masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado”<sup>7</sup>.*

Por tanto, podemos definir la acumulación sustantiva como aquella en la que se deja de lado la personalidad de los deudores declarados en concurso, considerándoles como un único deudor con un único patrimonio, acumulando las masas activas y pasivas para satisfacer a los acreedores de ambos concursados indistintamente.

En cuanto a los requisitos requeridos para la consecución de la acumulación sustantiva descritos en el artículo 43, el primero de ellos exige la confusión patrimonial. Este concepto generó cierta disputa doctrinal al considerarlo algunos autores como patrimonios de dos sujetos que se difuminan o borran o no se respetan. Otra corriente apunta a la imposibilidad de señalar a quien corresponden los activos y pasivos o cuando varios deudores son titulares de bienes por cuotas sin concretar. Por último, otros apuntaban directamente a la titularidad de los bienes y derechos, bien porque intervienen varios sujetos o bien porque esos elementos son difícilmente distinguibles de otros pertenecientes a terceros<sup>8</sup>.

En consecuencia, se puede apreciar el elemento común de la confusión patrimonial, radicando en la imprecisión de la titularidad de los bienes que integran los patrimonios, no pudiendo diferenciar si esos bienes pertenecen al patrimonio de un deudor o de otro.

Ahora bien, ¿se cumplen los requisitos de consolidación material en el caso de declaración conjunta de concurso de dos cónyuges?

La titularidad de los bienes de un matrimonio en régimen de gananciales, como es el caso del supuesto de hecho planteado, ha sido discutida por los autores. Partiendo de la idea de que generalmente es difícil de determinar la condición de los bienes al aparecer mezclados bienes propios y gananciales, máxime cuando se trata de bienes muebles o fungibles. También cabe pensar que la confusión es consustancial al régimen de gananciales ya que los derechos de los cónyuges derivados de este, únicamente son determinables al liquidar la sociedad; liquidación que no es necesaria ni automática a la declaración del concurso.

Como señala el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28) de 27 de marzo de 2008:

---

<sup>7</sup> *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI), Tercera parte (Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia) (año 2012) p. 66.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ-CALERO: *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, 2004.

*“al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran, recayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial y no teniendo aquéllos en su individualidad sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir por mitad, para el día en que se disuelva dicha sociedad, ello puede implicar una situación de confusión patrimonial”.*

En cuanto a la confusión del pasivo, debemos analizar el artículo 1367<sup>9</sup> del Código Civil que determina que los gananciales responden no únicamente por deudas contraídas conjuntamente, sino también por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, al igual que los artículos 1365 y ss. señalan la responsabilidad de los gananciales por las deudas contraídas por cada uno de ellos.

En el presente caso, además, uno de los cónyuges merece la calificación de comerciante o empresario, a la luz del artículo 1 del Código de comercio, por lo que en relación con las deudas que procedan del ejercicio de su actividad empresarial, y suponiendo que se da el consentimiento tácito al ejercicio del comercio que establece el artículo 7 de dicho Código, responderían los bienes gananciales, a tenor de lo dispuesto en el precedente artículo 6.

A la vista de lo señalado no cabe duda de la existencia de confusión patrimonial. No obstante, debemos ceñirnos al concepto plasmado en este escrito previamente. En cuanto al activo no es posible argumentar que existan dudas con respecto a la titularidad de los bienes de los cónyuges y sea imposible determinar la responsabilidad propia de cada cónyuge, principalmente como consecuencia de la presunción *iuris tantum* del artículo 1361<sup>10</sup> del Código Civil, norma en la que se presumen gananciales los bienes en caso de falta de certeza.

Por otro lado, tampoco parece del todo acertado afirmar que existe confusión patrimonial por el hecho de que los bienes gananciales en determinadas situaciones respondan de las deudas contraídas por uno de los cónyuges individualmente, simplemente supone la aplicación del régimen económico matrimonial de gananciales y su normativa civil y/o mercantil.

En suma, no puede afirmarse rotundamente y de forma objetiva que, en caso de concurso de cónyuges, exista siempre confusión patrimonial, debiendo entenderla en el sentido estricto

---

<sup>9</sup> “Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro”

<sup>10</sup> “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.”

del artículo 43 del TRLC, no cabiendo la resolución de estos concursos conexos mediante la consolidación de masas, más aún si consideramos su excepcionalidad dentro de la normativa española.

Asimismo, es preciso apuntar que el régimen legal de gananciales es singular y puede suscitar al error, más aún si la regulación de los concursos de cónyuges casados en régimen de gananciales en el TRLC no es tan clara como se podría esperar<sup>11</sup>. El artículo 193 despeja las dudas de la consolidación de masas en el caso que nos ocupa, no tanto en cuanto la aplicación de la norma en estos concursos.

**¿Qué consecuencia tiene que uno de los dos cónyuges sea o hubiera sido empresario?  
¿A qué juzgado le corresponde la competencia objetiva para conocer de estos concursos: al Juzgado de Primera Instancia o al Mercantil?**

En primer lugar, debemos hacer mención de la competencia en el ámbito concursal. Para ello debemos centrar la atención en los artículos 85.6<sup>12</sup> y 86 ter.1<sup>13</sup> de la LOPJ, así como en el artículo 45 de la LEC<sup>14</sup>.

En la primera norma se determina que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia los concursos de persona natural no empresario, completándolo el artículo 86 ter concediendo la competencia a los Juzgados Mercantiles en materia concursal sin perjuicio de lo determinado en el artículo 85. En iguales términos se expresa el artículo 45.2 de la LEC.

Con esta regulación se desplaza la competencia de los concursos de persona natural no empresaria a los Juzgados de Primera Instancia en aras de una mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales.

---

<sup>11</sup> Artículo 193: “1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado.”

<sup>12</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 85.6: “Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 6. De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora.”

<sup>13</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 86 ter.1: “1. Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6”

<sup>14</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 45.2:2. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados:

a) De los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) De los concursos de persona natural que no sea empresario

En el caso que nos ocupa, D. Gonzalo ha sido empresario hasta el año 2021 en el que la pandemia no le permitió continuar con su actividad y tuvo que darse de baja del RETA, por lo que en principio podría pensarse que el juzgado competente para el concurso consecutivo sería el Juzgado de Primera Instancia, al no ser ya empresario.

Sin embargo, no solo se ha de prestar atención a la determinación del concepto de empresario, sino que igualmente debemos establecer en qué momento temporal se debe reunir o no la condición de empresario.

En años recientes ha existido una discusión doctrinal que se ha trasladado a la jurisprudencia de distintas audiencias provinciales.

Las situaciones temporales que cabe mencionar son la declaración del concurso y el nacimiento de la deuda. En el caso que nos ocupa D. Gonzalo ha sido autónomo durante varios años generando deuda en las tarjetas mientras tenía esa condición, aunque no estén relacionadas con su actividad. Ante esta situación pueden surgir dudas acerca del juzgado que debe conocer el concurso.

La línea jurisprudencial asentada entre otras por la Audiencia Provincial de Madrid plasmada en el Auto n.º 135/2016, de 16 de septiembre de 2016 dictado por la AP de Madrid (sección nº28), atribuye la competencia de los concursos de persona natural no empresaria a los Juzgados de lo Mercantil en detrimento de los de Primera Instancia, cuando una parte relevante de las deudas provengan de una actividad económica que se llevó a cabo previamente.

Sin embargo, esta no es la doctrina unificada, otras Audiencias Provinciales han optado por centrarse en el criterio subjetivo que parece que se desprende de la LOPJ. Así la Audiencia Provincia de Alicante en Auto de fecha 11 de noviembre de 2016, entre otras, establece:

*“TERCERO. Concepto de persona natural empresario.-“La críptica fórmula empleada por el legislador en la redacción del art. 85.6º LOPJ (los Juzgados de Primera Instancia conocerán, en el orden civil, de los concursos de persona natural que no sea empresario, en los términos previstos en su ley reguladora) ha venido siendo interpretada (Auto de la Sección 28 de la AP de Madrid, de 16 de septiembre del 2016; Auto de la AP de Murcia, de 28 de julio del 2016) en el sentido de que el concepto útil de persona natural empresario, a los efectos que nos ocupan, es el establecido en el art. 231.1, párrafo segundo LC, que establece que “a los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”.*

*Consideramos correcta dicha interpretación, fundamentalmente porque recoge un concepto amplio de empresario, porque stricto sensu no existe una ley reguladora del empresario persona natural y porque es una noción prevista en la propia LC, aun para el acuerdo extrajudicial de pagos, que, como se ha dicho, será antecedente del concurso en bastantes ocasiones.*

*En el caso que nos ocupa, reiteramos, tanto en el momento de presentación de la solicitud de designación de mediador concursal como en el de la solicitud de declaración de concurso por parte de dicho mediador, la solicitante (arquitecto técnico adscrita al Colegio Oficial de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Alicante) estaba dada de alta en el Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, acompañándose documentación acreditativa de estar dada de alta en el censo de profesionales y en el citado Régimen Especial.*

*No hay, pues, duda alguna de su condición de persona natural empresario al tenor del mencionado art. 231.1 párrafo segundo LC, por lo que la competencia para conocer de la solicitud de declaración de concurso ha de corresponder al Juzgado de lo Mercantil que ha dictado el auto declarándose incompetente. Revocaremos, pues, el auto apelado.*

*Como decimos, según la Sala, el art. 231 LC establece un criterio subjetivo para atribuir la competencia, de tal forma que debemos atender a la condición de empresario o no del deudor para delimitar la competencia de los Juzgados de Primera Instancia o, en su caso, de lo Mercantil. En este sentido, el referido Auto dispone:*

*“SEGUNDO.- El caso que se presenta al Tribunal es de concurso consecutivo, pues la solicitud de declaración de concurso ha sido presentada por el mediador concursal designado por el Registrador Mercantil de Alicante, por no haberse podido alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, en el caso del art. 238.3 LC.*

*Del juego de los arts. 85.6º y 86 ter LOPJ resulta que la competencia para conocer de los concursos de persona natural no empresario corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y que la competencia para conocerlo cuando sea empresario se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, sin que dichos preceptos prevean distinción alguna por tratarse de concurso voluntario, necesario o consecutivo.*

***Por tanto, la LOPJ ha optado, exclusivamente, por un criterio subjetivo para la atribución competencial de los concursos de persona natural: la condición de empresario del solicitante, de modo que han de corresponder a los Juzgados de lo Mercantil los concursos de quienes la tengan. Ello significa, desde la óptica de los mencionados preceptos (que son los únicos que regulan la delimitación de competencia entre ambos tipos de órganos judiciales, cuando de concurso de persona natural se trata), que, a tal efecto, son indiferentes cuestiones tales como el origen (empresarial o privado) de las deudas que arrastra el solicitante, y que lo han conducido a la situación de insolvencia; o el mayor o menor porcentaje de pasivo empresarial o privado; o la conveniencia de que sea uno u otro tipo de órgano judicial el que deba tramitar el concurso, en atención a las cuestiones más complejas que, en el desarrollo del procedimiento, pudieran plantearse debido al ejercicio anterior de una actividad empresarial; o, por último, el hecho de que la solicitud de concurso haya sido presentada por el deudor, por acreedor u otro legitimado, o por el mediador concursal (art. 3 LC).***

***Consideramos, por tanto, que el único criterio de atribución de competencia es el subjetivo, de la condición o no de empresario del solicitante.***

***Tratándose de solicitud de declaración de concurso voluntario o necesario, la condición de empresario habrá de tenerse en el momento de presentación de dicha solicitud. “***

Parece que, pese a no existir un criterio unificado de las audiencias, de los artículos 85 y 86 de la LOPJ, se desprende la necesidad de partir del criterio subjetivo a la hora de fijar la competencia del concurso. No menciona las deudas o el origen de estas, por lo que la mencionada competencia se entiende que deviene por la condición de empresario al solicitar el concurso.

En el caso que nos ocupa, D. Gonzalo ha sido autónomo hasta 2021, por lo que según la normativa concursal tuvo la condición de empresario hasta esa fecha. Por tanto, en el momento de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos no ostentaba ya esta condición y la competencia del Juzgado para el concurso consecutivo es sin duda del Juzgado de Primera Instancia.

Otra duda que merece la pena analizar es si sería posible realizar la declaración conjunta de concurso de aquellos cónyuges en los que uno de ellos ostenta la condición de empresario, y de qué juzgado sería entonces la competencia.

No existe una normativa concreta que resuelva esta encrucijada, pero debemos partir de la exclusividad con la que se otorga la competencia a los Juzgados Mercantiles, por lo que teóricamente no cabría poder presentar un concurso conexo de cónyuges si uno de ellos es empresario, pero el otro no, ante un Juzgado de lo Mercantil.

Aun así, es interesante adentrarnos en otras posibilidades ante una posible laguna legal. Cabría la posibilidad de que, en la declaración conjunta de varios deudores, unos empresarios y otros no, podría otorgarse la competencia a los Juzgados de lo Mercantil por su mayor especialización al igual que se hace con la acumulación de la acción de responsabilidad social y la de responsabilidad por deudas a los administradores de la misma, acumulación que en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se otorga a los Juzgados Mercantiles.<sup>15</sup>

En cualquier caso, no cabe realizar una interpretación analógica entre esta última acumulación, ya que en este caso se da respuesta a una laguna legal clara no extrapolable a otras materias. Sin embargo, sería importante disponer de una norma que ratificara que en

---

<sup>15</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (de Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2013\1605) y de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013\3707).

situaciones en las que el concurso de varios deudores, unos empresarios y otros no, la competencia pertenece a los Juzgados de lo Mercantil o de Primera Instancia.

#### **4.2 ¿Qué se considera intentar el acuerdo extrajudicial de pagos?**

D. Gonzalo y Dña. María acuden a un notario para llevar a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos, que propone sucesivamente a dos mediadores concursales, rechazando el encargo ambos.

Dándose esta situación pueden surgir dudas acerca del cumplimiento del requisito de intentar el acuerdo extrajudicial de pagos contenido en el artículo 488 del TRLC<sup>16</sup>.

La duda puede resolverse atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y cómo interpreta el requisito de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019(150/2019) se centra en un fundamento, entendiendo el alto Tribunal suficiente para cumplir el requisito que *“basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”*.

Un solo término y su significado puede variar el desarrollo de la validez del acuerdo extrajudicial de pagos. En este sentido en aras de solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, haber “intentado previamente” dicho acuerdo libera al deudor de pagar el 25% de los créditos ordinarios, situación que puede impedir a un deudor alcanzar el beneficio.

El Alto Tribunal aclara la norma entendiendo que para librarse el deudor del pago del 25%, debe “haber intentado efectivamente” el acuerdo, es decir, debe realizar una oferta real a los acreedores no siendo suficiente intentar un acuerdo con una quita del 100%.

*“subyace esta idea del incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor [...] Si, como ocurre en el presente caso, en*

---

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, artículo 488: *“1. Para la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho será preciso que en el concurso de acreedores se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.”*

*la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipólito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4.º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios”.*

La solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos determina el comienzo del expediente y genera una serie de obligaciones en el deudor tendentes a no realizar actos de administración o disposición fuera de su actividad.<sup>17</sup>

En este punto debemos preguntarnos, qué ocurre si el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos no puede continuar por causas no imputables al deudor, como es el caso que nos ocupa, la negativa a la aceptación de más de un mediador.

Cuando el deudor realiza todos los actos en su mano para iniciar el expediente no cabe exigirle actuación adicional.

Así lo determinó el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 15 de junio de 2016, en el criterio I.3: *“Asimismo se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178bis e.3º en los supuestos en que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor. También se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178bis3.3º cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por causa no imputable al deudor, al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos”.*

Sin embargo, esta doctrina no siempre ha sido interpretada igualmente en los tribunales, el Juzgado de Primera Instancia nº37 de Madrid en auto de 14 de noviembre de 2018, inadmite a trámite la declaración de concurso porque firmada el acta notarial de inicio del acuerdo extrajudicial y designados cuatro mediadores ninguno de ellos aceptó y transcurrió el plazo de más de dos meses.

En cuanto a las especialidades del intento de acuerdo extrajudicial de pagos en tiempo de pandemia por Co-Vid 19, lo trataremos posteriormente.

---

<sup>17</sup> Artículo 639 del TRLC.

## **¿Plazo para solicitar concurso?**

El plazo para solicitar el concurso consecutivo tras acuerdo extrajudicial de pagos viene regulado en el artículo 705 del TRLC<sup>18</sup>.

Antes de profundizar el mencionado artículo, puntualicemos que existe un plazo para que se cierre el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos de dos meses desde el primer intento de designación de mediador concursal. Si no se produce la aceptación de ninguno de los mediadores propuestos, el notario puede cerrar el expediente, haciendo constar que el cierre es consecuencia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores propuestos en el plazo de dos meses.

Ahora bien, si el acuerdo extrajudicial de pagos no prospera y el deudor fuera persona natural no empresaria en virtud del artículo 705, transcurridos dos meses desde la apertura de las negociaciones con acreedores, si no es posible llegar a un acuerdo se deberá solicitar el concurso consecutivo en los diez días siguientes, salvo que el deudor no se encuentre ya en aquel momento en estado de insolvencia actual o inminente.

En cuanto a los efectos de presentar el concurso fuera de plazo, se pronuncia la Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, número 517/2020, de fecha 6 de marzo de 2020 declarando:

*“En todo caso, eso no implica que presentado el concurso consecutivo fuera de este plazo deba procederse a su inadmisión, como ha interpretado el juez a quo, sino que simplemente al presentarse fuera del plazo concedido el deudor pierde los beneficios adquiridos bajo aquel instrumento pre concursal. Pero la admisión del concurso consecutivo no depende de que se presente dentro del plazo fijado por el juzgado, sino que transcurrido aquél se pondrá fin al expediente de 5bis y si se presentara con posterioridad el concurso consecutivo se incoará en un nuevo expediente, en el que, por ejemplo, no tendrá el beneficio de paralización de solicitudes de concurso necesario previsto en el artículo 15.3 LC ni se retrotrae la fecha de solicitud del concurso a la de la comunicación del 5bis.”*

---

<sup>18</sup> Artículo 705 del TRLC:

“2. Cuando el deudor fuera persona natural que no tenga la condición de empresario, transcurridos dos meses a contar desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, si el notario o, en su caso, el mediador concursal considerase que no es posible alcanzar un acuerdo, deberá solicitar la declaración de concurso consecutivo dentro de los diez días siguientes. A la solicitud acompañará el solicitante un informe explicativo de esa imposibilidad de acordar.

3. En los casos a que se refieren los dos apartados anteriores, el deber de solicitar la declaración de concurso consecutivo de acreedores no existirá si el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual o inminente.”

Por tanto, la presentación del concurso fuera de plazo no conlleva la inadmisión de este, sino la pérdida de los beneficios otorgados por los artículos 588 y ss. del TRLC.

En esta sentencia la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia en un caso en el que el notario comunica al Juzgado competente en virtud del artículo 628 del TRLC, que el deudor tiene el propósito de negociar con los acreedores y siguiendo los artículos 588 y ss. del TRLC se impide iniciar o continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor por un plazo máximo de tres meses.

Presentada la solicitud del concurso fuera de ese plazo no deviene nulo, simplemente pierde los beneficios otorgados en los artículos mencionados.

### **¿Qué especialidades nos encontramos en la regulación concursal durante el período pandemia y postpandemia?**

La pandemia y la situación actual provocada por el virus CoVid-19, que ha tenido transcendencia en todos los ámbitos de la sociedad, no lo ha sido menos en la esfera jurídica y en concreto en la rama concursal.

En primer lugar, merece mencionarse la suspensión del deber de solicitar concursos de acreedores hasta el 30 de junio de 2022, comenzando el plazo de dos meses en esa fecha, en virtud de las moratorias otorgadas en la pandemia en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, así como en el Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre y el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo y Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre.

En virtud de la mencionada normativa el legislador determinó que hasta el 30 de junio de 2022 el deudor en estado de insolvencia no estará obligado a solicitar la declaración de concurso, siendo irrelevante que haya comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo.

Igualmente, hasta esa fecha los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concursos, que se insten por los acreedores contra el deudor.

De esta forma, el legislador pretende otorgar a los deudores instrumentos suficientes para solventar los problemas de las sociedades y, en este caso, de las personas físicas cuyo patrimonio se ha visto afectado por la pandemia.

Por otro lado, como ya hemos expuesto el procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos se inicia mediante la solicitud del deudor insolvente a los sujetos determinados por el TRLC para el nombramiento de un mediador concursal.

Como en el supuesto que nos ocupa, puede suceder que los mediadores concursales no acepten el cargo, situación en la que tras dos meses se cierre el expediente.

La situación de pandemia y la crisis derivada de esta ha provocado que los deudores en muchas ocasiones no gocen de tanto tiempo para obtener el concurso y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, teniendo que afrontar pagos de manera inmediata. Por ello el legislador a partir del artículo 17<sup>19</sup> del Real Decreto ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el Ámbito de la Administración de Justicia, ha señalado que se presumirá que el deudor ha intentado eficazmente el acuerdo extrajudicial de pagos si se acredita la no aceptación al cargo de dos mediadores concursales propuestos.

Esta medida que se ha ido prorrogando actualmente se encuentra vigente hasta el 30 de junio de 2022, en virtud del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, permitiendo a los deudores acceder a un concurso más diligente sin tener que esperar los dos meses desde la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos.

#### **4.3 ¿Es posible la exclusión de la vivienda del plan de liquidación en caso de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho?<sup>20</sup> Ley de segunda oportunidad.**

Como hemos venido exponiendo, la vivienda habitual suele ser el bien material máspreciado de la mayoría de los ciudadanos. Sin embargo, se podría decir que el legislador no ha regulado la tutela de la vivienda en la esfera concursal, en concreto en concursos de personas naturales encaminadas a solicitar el BEPI, con la sensibilidad que merece un bien de suma importancia, e incumpliendo seguramente el ya señalado artículo 47 de la Constitución. Esta laguna

---

<sup>19</sup> Artículo 17: *“hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado”.*

<sup>20</sup> YÁÑEZ VIVERO, FÁTIMA: “La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley”. Revista de Derecho Civil,RDC ISSN 2341-2216 vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021) Estudios, pp. 1-49.

legislativa ha venido supliéndose de manera voluntariosa con distintas resoluciones judiciales que dan cabida a situaciones sin cobertura legislativa que han tratado de colmarla.

Con independencia de ello y como punto de partida, todo deudor que quiera acceder a la Ley de Segunda Oportunidad y pretenda acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, debe liquidar previamente en concurso todos sus bienes, en aras de obtener el “perdón” de sus deudas, además de los requisitos ya contemplados en el punto 3.5 de este escrito.

La liquidación en el concurso consecutivo debe incluir todos los bienes del concursado, incluyendo la vivienda habitual para poder acceder posteriormente al BEPI, en caso de que no existan bienes suficientes para hacer frente a la liquidación.

Como podemos observar no existe cobertura legislativa específica que permita excluir la vivienda de la liquidación en concurso consecutivo para obtener el BEPI, ya que la misma forma parte por definición de la masa activa del concurso (en muchos casos será además el bien más importante y valioso de esa masa activa).

La norma general es clara, la pérdida de la vivienda, en virtud de la normativa vigente, es el sino usual que tomará el concurso, liquidándose la vivienda, se inicie o no el BEPI contenido en los artículos 486 y ss. del TRLC.

Ahora bien, ¿es posible evitar la ejecución de la vivienda a pesar de la normativa presentada? Dejando de lado la Directiva (UE) 2019/1023 que analizaremos en detenimiento más adelante, que establece un principio en este tema, vamos a estudiar la jurisprudencia que, pese a la falta de cobertura legislativa sí ha excluido en ciertos casos la vivienda habitual de la liquidación.

A pesar de que la posible exclusión de la vivienda del plan de liquidación es una cuestión que se viene discutiendo en estos momentos como consecuencia de la pandemia y la más que próxima modificación de la esfera concursal con la llegada de la trasposición de la señalada Directiva, existen resoluciones en este sentido desde el año 2015.

El Auto del Juzgado Mercantil nº10 de Barcelona 138/2015, del 15 de abril de 2015 resuelve el problema planteado donde los deudores se encontraba al corriente de pago del préstamo de garantía hipotecaria de su vivienda y se declaran en concurso.

En el seno del proceso la administración concursal evidenció que las cuotas del préstamo podían asumirse por las pensiones de jubilación del matrimonio. Al decidir seguir abonando

el importe mensual y constatando que el valor de la vivienda era insuficiente para abonar la deuda pendiente el Juzgado permitió el pago con cargo a la masa y en fase de liquidación excluyó la vivienda del plan de liquidación, y admitió el acceso posterior al BEPI.

La permanencia del matrimonio en la vivienda y la exclusión de la misma del plan de liquidación la funda el Juzgado en dos elementos:

- El artículo 155.2 de la antigua Ley Concursal, que se corresponde con el artículo 430.2 del Nuevo TRLC<sup>21</sup>. Esta opción de pago como crédito contra la masa funcionaría como excepción al artículo 414 del TRLC que expone el principio de vencimiento anticipado.
- La ejecución de la vivienda suponía mayores perjuicios que la no realización, en detrimento del interés del concurso, ya que se privaba a los cónyuges de su vivienda habitual cuando estaban al corriente del pago del préstamo hipotecario y podían seguir pagándolo.

Esta resolución que supuso una base de otras que contemplaremos a continuación, fue criticada por la doctrina en cuanto al fundamento del artículo 155 de la Ley Concursal.

Y si bien es cierto, que dicha normativa permite el pago de créditos privilegiados con cargo a la masa, lo hace de manera excepcional y en relación con determinados bienes. Encuadrar la vivienda habitual entre esos bienes se antoja complicado ya que se trata de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

En cualquier caso, no se debe realizar una interpretación extensiva del artículo 430 del TRLC, únicamente para excluir la vivienda del mencionado plan de liquidación.

La *ratio iuris* de este auto puede generar dudas en cuanto a la exclusión, no tanto porque no existan bienes que sujetos a un privilegio especial pueden ser pagados con cargo a la masa sin ejecución, sino porque la vivienda habitual difícilmente puede encajarse como bien necesario para la actividad profesional del deudor (salvo en supuestos excepcionales como, por ejemplo, el abogado que tiene su despacho profesional en su vivienda habitual), evidenciando en este punto una clara falta de respaldo normativo.

El segundo fundamento puede tener más profundidad de lo que parece a simple vista. De hecho, ha servido de base a las resoluciones más recientes.

---

<sup>21</sup> Artículo 430.2: “la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos”

En cualquier caso, es de destacar que este auto entraña un inicio de una doctrina jurisprudencial en relación con el tratamiento de la vivienda en la esfera concursal, doctrina que ha venido desarrollándose, tomando la iniciativa de la misma los juzgados de la ciudad condal y su Audiencia Provincial.

El Auto 72/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de junio de 2018 propone la exclusión de la vivienda familiar de la liquidación del concurso con el fundamento de que se encuentran en el umbral de exclusión social<sup>22</sup>.

El informe de la administración concursal acreditaba que el valor de mercado del inmueble era ampliamente inferior a las hipotecas que gravaban el bien (en realidad era inferior no solo al conjunto de cargas sino a la primera carga que pesa sobre el mismo).

A diferencia del caso analizado anteriormente, la administración concursal pretendía hacer frente de las cuotas vencidas hasta la fecha, con cargo a la masa al apreciar que la ejecución del inmueble no abarcaría el crédito privilegiado especial, alegando nuevamente el artículo 155.2 de la LC (430.2 TRLC).

La AP de Barcelona estimó parcialmente el recurso de BANKIA (acreedor hipotecario), incluyendo la vivienda en el plan de liquidación, pero dejó una ventana abierta instando al administrador concursal para que realizase de nuevo el plan de liquidación en aras de verificar si procedía aplicar el artículo 155 de la LC y, subsidiariamente, se valorase a la concursada en el ámbito de riesgo de exclusión social o socialmente vulnerable.

Esta resolución relaciona la liquidación de la vivienda en la esfera concursal con el Real Decreto Ley 6/2012, el Real Decreto Ley 27/2012, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

En este auto se aprecia que no existe normativa que conecte la situación de exclusión de deudores sin recursos con la ley de la segunda oportunidad, ni la regulación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, al igual que tampoco existe armonización entre el régimen de insolvencia de personas naturales y las normas de protección de deudores hipotecarios, sin contar con regulación específica en la normativa concursal.

La AP de Barcelona aclara que la normativa del deudor hipotecario podrá alegarse en el propio concurso si se va a proceder a la liquidación del bien gravado, con el requisito de que

---

<sup>22</sup> En los términos establecidos en el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

se reconozca la situación de vulnerabilidad del deudor, bien de forma extraconcursal, o en el seno del concurso. Esta última posibilidad hace de este auto sea pionero en cuanto a la posible exclusión de la vivienda del plan de liquidación en la esfera concursal.

La complejidad de este auto radica en el traslado de una situación como la declaración de un deudor hipotecario en situación de vulnerabilidad o exclusión social, más propia de una fase preconcursal o extraconcursal, a una fase concursal donde entra en juego la liquidación, más aún en concursos consecutivos de persona natural, accediendo directamente a la liquidación.

La normativa protectora del deudor hipotecario se basa en el RD-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, que permite aumentar la inembargabilidad de los ingresos mínimos reduciendo la responsabilidad del deudor hipotecario cuando el valor del inmueble sea insuficiente para cubrir el crédito de la vivienda, lo que en el seno del concurso implica una reducción de la masa activa.

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, introduciendo el denominado “Código de Buenas Prácticas”, junto a la Ley 1/2013<sup>23</sup> permiten al deudor proponer un plan de reestructuración de la deuda, pero siempre previamente al comienzo del plan de liquidación concursal.

Recientemente el Real Decreto-Ley 8/2020<sup>24</sup>, como consecuencia de la pandemia establece una moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual.

Atendiendo a la normativa expuesta, la problemática versa en encontrar cobertura legal que permita aplicar estas normas en la fase de liquidación del concurso que, si bien puede aplicarse en momentos previos al inicio del concurso y cuando se desemboca en la fase de convenio, parece difícil extrapolarlo a la fase de liquidación.

En el año 2019 la AP de Barcelona continuó con el desarrollo de su jurisprudencia sobre la vivienda hipotecada en el proceso concursal, en los autos 584/2019, de 29 de marzo de 2019 y 844/2019, de 9 de mayo de 2019, concluyendo con la posibilidad de no liquidar la vivienda. Sin embargo, consideran que sí debe incluirse la vivienda en el plan de liquidación y el inventario, aunque puede no ejecutarse si concurren los requisitos que analizaremos con la última resolución.

---

<sup>23</sup> Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

<sup>24</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

La novedad de estos autos es la matización que llevan acabo sobre los gastos alimenticios necesarios, al señalar que los gastos para la vivienda forman parte de los gastos necesarios para el sostenimiento del deudor.

En el auto n°844/2019 de 9 de mayo de 2019 se incluye la cuota del préstamo hipotecario dentro de los alimentos, señalando que debe observarse e interpretarse el término alimentos de una forma amplia.

El derecho de alimentos viene regulado en el TRLC en sus artículos 123 y 124, posibilitando estos alimentos incluso en fase de liquidación<sup>25</sup>.

Englobar los gastos dirigidos a la vivienda del deudor dentro del derecho de alimentos, puede generar grandes repercusiones, al permitir que la masa soporte los gastos de la vivienda.

Con este razonamiento, la no liquidación de la vivienda, a pesar de su falta de cobertura legal, parece tener mejor encuadre. Partiendo de la idea de que la masa ha de hacerse responsable de la vivienda del deudor ya que esta se engloba en el derecho de alimentos, parece lógico no enajenar la vivienda hipotecada del deudor si con ella no se cubre el crédito, pues de otra forma se debería buscar y abonar otro “techo” para el deudor con cargo a la masa, perjudicando en mayor medida a los acreedores.

El elevado precio de los alquileres y las dificultades en torno a las viviendas sociales hacen que sea necesaria una regulación en la que se permita al deudor continuar con el pago de la deuda hipotecaria de su vivienda, de lo contrario, los acreedores tendrán que sufrir los costes de privar de la vivienda al deudor, al no alcanzar la enajenación del inmueble para cubrir la deuda y el pago de una nueva vivienda para el deudor con cargo a la masa.

Por último, con el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11/2020, de 23 enero de 2020 (JUR\2020\54415) vamos a analizar los requisitos que a lo largo de los años se ha ido estableciendo en esta sala, generando una jurisprudencia innovadora con respecto a la vivienda hipotecada del deudor en el seno del concurso y la posibilidad de obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidar la vivienda.

---

<sup>25</sup> Artículo 413: “2. Si el concursado fuera persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge o, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos de los que derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, las de la pareja de hecho inscrita, así como para atender las de los descendientes bajo su potestad.”

En primer lugar, la resolución señala que dada la trascendencia y la falta de cobertura legal de esta figura en la normativa española *“hubiera sido aconsejable incluir una relación expresa en el nuevo TRLC”*.

Como ya hemos señalado la obtención del BEPI exige la liquidación de los bienes en la masa activa en virtud de los artículos 472 y 486 del TRLC, donde se regulan las especialidades de la declaración y conclusión simultáneas del concurso cuando se trata de persona natural.

Expresa el auto que no es posible excluir a la vivienda sin más de la liquidación, sino que para la no realización de la vivienda es necesario que se cumplan una serie de requisitos:

- Encontrarse al día en el pago de las cuotas del préstamo hipotecario. Realizando un juicio prospectivo de posibilidad de pago de las cuotas y utilizando la comparativa del valor de mercado del inmueble y el valor del crédito.
- Situación de sobreendeudamiento hipotecario. Que el valor del crédito sea superior al valor de mercado del inmueble. Compromiso de atender con cargo a la masa activa de las cuotas, el único mecanismo de los artículos 430 del TRLC y 155 de la LC, invocado por la propia AP Barcelona, facultad que se confiere en exclusiva al administrador concursal.
- Conformidad del titular del crédito con privilegio especial. Es necesaria la conformidad del acreedor que por lo general va a estar de acuerdo, ya que de esta forma se asegura seguir ingresando la cuota hipotecaria, mientras que si se enajena la vivienda no se cubriría el crédito.
- Debe incluirse la vivienda en el inventario. No puede evaluarse en el informe de presentación de la administración concursal, sino que debe hacerse en un momento más avanzado. Por ello se debe incluir en el inventario con posibilidad de realizar matizaciones.
- Autorización del juez del concurso. En virtud del artículo 518 del TRLC, con audiencia del resto de acreedores personados, auto del Juez en el que se plasme la exclusión.

Cumplidos todos estos requisitos será posible solicitar el BEPI, una vez concluido el concurso si se han liquidado el resto de los bienes.

Sin embargo, si una vez concluido el concurso y otorgado el BEPI, el deudor no atiende a las cuotas del préstamo hipotecario, el titular de la garantía puede realizar una ejecución singular, procediendo a la realización del bien.

En este punto puede existir un pequeño beneficio en favor del titular del derecho de garantía en la medida que, concluido el procedimiento concursal, la realización del activo se producirá en una ejecución singular y, por tanto, si el importe total del crédito no hubiese sido satisfecho con la realización del bien, permanecerá la parte restante del crédito sin satisfacer y podrá ser exigida en un momento posterior por parte del titular del derecho real de garantía.

En conclusión, es necesario un desarrollo legislativo en este punto, observando que la realización de este activo no resulta beneficiosa pero tampoco es perjudicial para el resto de los acreedores. En definitiva, que es inocuo, por ser nulas las expectativas puesto que no se generara sobrante para el pago. De esta forma como hemos expuesto se evitaría que los acreedores sufrieran el deber de abonar el pago de una nueva vivienda en virtud del derecho de alimentos que ampara al deudor.

### **¿Y si no estuviera hipotecada?**

Si la vivienda no estuviera hipotecada no podría contemplarse excluirla de la liquidación del concurso. El ordenamiento es claro, como hemos señalado para lograr la obtención del BEPI se exige la liquidación de los bienes en la masa activa. Si la vivienda no está gravada con un préstamo hipotecario su enajenación es beneficiosa tanto para los acreedores como para el interés del concurso.

Con la normativa actual no procede extender el posible debate, diferente será cuando analicemos la nueva directiva.

### **¿Supone la liquidación de la vivienda en el proceso concursal una ruptura del artículo 47 de la Constitución Española?**

En los conceptos previos estudiábamos la vivienda y poníamos de manifiesto su regulación como derecho constitucional específico en el artículo 47 de la Carta Magna. Viendo la

importancia de su regulación cabría plantearse si la liquidación de la vivienda en el seno del concurso podría vulnerar el derecho constitucional a una vivienda digna.

Esta posibilidad es claramente zanjada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2019 (SAP 4729/2019) donde declara que nuestro ordenamiento prevé la liquidación de la vivienda habitual sin vulnerar el artículo 47 de la CE.

El fundamento de la sentencia al negar la vulneración, es que el derecho constitucional a una vivienda digna va dirigido a los poderes públicos que deben promover las medidas necesarias para garantizar el acceso a una vivienda digna y adecuada.

*“Delimitados los términos del debate, no es posible, como pretende la recurrente, excluir de la liquidación la vivienda habitual de la concursada en los términos genéricos en los que se ha solicitado por la recurrente.*

*Esta cuestión la hemos abordado ya en otras resoluciones de esta misma Sección, entre ellas en el auto de 16 de octubre de 2018 (Rollo 793/2018 ), en el que expresábamos el parecer de la Sección y en la Sentencia de 29 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:2967).*

*En estas resoluciones indicábamos que todos los bienes del deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la LC , se integran en la masa activa del concurso, a excepción de aquellos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, condición que no tiene la vivienda habitual ( artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). De igual modo, todos los bienes integrados en la masa activa deben ser objeto de liquidación, de acuerdo con los artículos 148 y 149 de la LC . La conclusión del concurso por liquidación, por tanto, precisa de la realización de todos los bienes del deudor ( artículo 152 de la LC ).*

***Lógicamente, el hecho de que nuestro Ordenamiento Jurídico contemple la realización de la vivienda habitual, tanto en la ejecución individual como en la colectiva, no vulnera el artículo 47 de la Constitución Española , precepto dirigido a los poderes públicos, que han de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Tampoco advertimos que ello infrinja el artículo 45 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre , que en modo alguno descarta la ejecución de la vivienda habitual.***

*El recurso señala que el crédito hipotecario que grava la vivienda se viene abonando puntualmente, tal circunstancia queda acreditada por cuanto el propio juzgado incluyó, dentro de un concepto amplio de alimentos, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, circunstancia que tampoco excluye la*

*liquidación dado que en el concurso constan otros acreedores, siempre y cuando esa liquidación suponga, de modo efectivo, un beneficio para los acreedores porque el precio de realización, una vez satisfecho el privilegio, pueda generar sobrante para el resto de acreedores.”*

Pese a que la exclusión de la vivienda que venimos analizando es una posibilidad que se ha reconocido judicialmente, si se cumplen los requisitos que se han expuesto en este punto, no se trata de una doctrina mayoritaria ni de una solución pacífica. Son muchas las audiencias y Juzgados que se oponen a esta posibilidad, encabezados por la Audiencia Provincial de Madrid, que en el auto nº109/2018, de 6 de junio de 2018 señala:

*“Comprendemos el trastorno que para la concursada supone la enajenación de la vivienda en la que reside, pero no existe un sólido sustento legal, ni tampoco jurisprudencial, que pudiera permitir a este tribunal fundar en derecho una decisión favorable a una pretensión de la índole de la que aquí está sosteniendo aquella. Es por ello que no tenemos otra solución que desestimar su recurso”*

Mientras tanto, la Audiencia Provincial de Barcelona ha sido pionera y su jurisprudencia ha sido seguida en menor medida, de momento, por la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>26</sup>.

#### **4.4 ¿Cómo afecta el concurso a la vivienda habitual si la deuda proviene de la actividad empresarial? ¿Qué ocurre si existe declaración de responsabilidad limitada?**

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo la excepción de no sujetar la vivienda habitual del deudor a las deudas del empresario en determinadas situaciones, gracias a lo que la ley describe como *emprendedor de responsabilidad limitada*. Terminología que puede ser criticada ya que no hace referencia a una separación del patrimonio como puede parecer, pues el patrimonio del deudor sigue siendo el mismo, simplemente se añade un nuevo bien inembargable.

Ahora bien, para alcanzar esta inembargabilidad y la no sujeción de la vivienda a la responsabilidad por deudas de la actividad profesional del deudor, el emprendedor debe

---

<sup>26</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº244/2020, de fecha 25 de mayo de 2020.

cumplir una serie de requisitos subjetivos y objetivos contemplados en los artículos 8 a 10 de la Ley.

Los requisitos subjetivos se pueden acumular en los siguientes puntos:

- Inscribirse como emprendedor de responsabilidad limitada en el Registro mercantil<sup>27</sup>.
- Hacer constar dicha condición en el Registro de la Propiedad en aras de su oponibilidad frente a terceros<sup>28</sup>.
- Ser deudor persona física.

Por otro lado, los requisitos objetivos vienen reflejados en el artículo 8 de la Ley<sup>29</sup>, determinando que:

- El valor de la vivienda no sea superior a 300.000 euros.
- El deudor no hay actuado en fraude o negligencia grave con sus deudores.

No se hace en la norma una delimitación del término vivienda habitual. Sin embargo, parece criterio necesario para la no sujeción del inmueble a la responsabilidad por deudas empresariales, que sea la usada habitual y efectivamente como morada o residencia. La doctrina ha reiterado que el criterio para la no sujeción se debe basar en el uso efectivo del inmueble, Muñoz García lo refleja<sup>30</sup> *“como la vivienda donde reside y habita de manera efectiva y con carácter permanente el emprendedor de responsabilidad limitada, sin que sea necesario ningún período previo de residencia y sin que sea tampoco óbice el hecho de que se modifique en un corto plazo el domicilio... Lo relevante es que el emprendedor de responsabilidad limitada habite de manera efectiva ese inmueble”*.

El ámbito de aplicación de la excepción engloba la responsabilidad con origen en deudas empresariales, no incluyendo situaciones en las que el deudor sufra endeudamiento

---

<sup>27</sup> Artículo 9: *“La condición de emprendedor de responsabilidad limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio.”*

<sup>28</sup> Artículo 10: *“Para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta al bien”*.

<sup>29</sup> Artículo 8: *“Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil.*

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

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

<sup>30</sup> Muñoz García, Alfredo. “El Emprendedor de responsabilidad limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección”. Diario La Ley (21 enero 2014), núm. 8233.

hipotecario previo, así como las situaciones en las que el emprendedor de responsabilidad limitada decida constituir una hipoteca sobre su vivienda.

Consecuentemente la finalidad primordial de esta figura y su utilidad es tan solo relativa, en vista de que los emprendedores no lograrán una concesión de crédito por las entidades financieras sin contar con la garantía de su vivienda, lo que suele referirse al bien de mayor valor de su patrimonio, o bien la insistencia de gravar con una garantía real el inmueble deviniendo ineficaz la protección a la vivienda que otorga la figura de responsabilidad limitada.

En este sentido, aparentemente existe una tutela sobre la vivienda, pero solamente es una hipotética capa protectora que acabará destruyéndose en favor del derecho real de garantía.

En definitiva, la constitución de derechos reales de garantía a los que se puede acoger el emprendedor de responsabilidad limitada conlleva que en el concurso de acreedores no pueda declararse como inembargable la vivienda habitual y permanezca ajena a los efectos de la declaración del concurso. De esta forma, tampoco será aplicable la suspensión de los créditos envueltos en la comunicación de un acuerdo de refinanciación en virtud del artículo 589 y ss. del TRLC ni la suspensión para los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor.

#### **4.5 ¿Qué regulación de la vivienda se contempla en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas?**

La Directiva (UE 2019/1023) pretende armonizar el marco de la insolvencia en Europa y en concreto otorga una especial tutela a la vivienda de personas inmersas en concursos de acreedores.

La Directiva tenía un plazo de transposición para los países miembros hasta el 17 de julio de 2021. Sin embargo, el Gobierno solicitó una prórroga de un año, hasta julio de 2022 como consecuencia de los efectos de la pandemia.

En principio la Directiva se diseñó para empresarios, sean personas jurídicas o físicas, aunque expresamente recoge la posibilidad de aplicarse a personas físicas no empresarios si así se decide por los Estados miembros en su artículo 1.4.<sup>31</sup>

En concreto el artículo 23<sup>32</sup> de la Directiva posibilita unos plazos más largos para la exoneración cuando una autoridad judicial o administrativa apruebe medidas para proteger la residencia principal del deudor y de su familia y cuando no se ejecute la vivienda principal del deudor.

La excepción de esta norma al artículo 21 de la misma, donde determina que los plazos para obtener la exoneración plena no podrán ser superiores a los tres años, con la excepción, como hemos visto, de la salida a escena de la vivienda del deudor, permite a los Estados establecer plazos de pagos más amplios para evitar la realización de la vivienda o garantizar la continuación del deudor en ésta.

No especifica la Directiva el plazo concreto; aun así, se entiende su planteamiento de evitar la liquidación o ejecución de la vivienda familiar del deudor, posibilitando con plazos más amplios, que el deudor no se vea obligado a perder el bien más preciado de su patrimonio.

#### **4.5 DERECHOS CRUZADOS. ¿Tiene la directiva primacía y es ejecutable con alcance general desde que se aprueba?**<sup>33</sup>

Las directivas vienen reguladas desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

---

<sup>31</sup> Artículo 1.4: “Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios.”

<sup>32</sup> Artículo 23.3: “Como excepción a lo dispuesto en el artículo 21, los Estados miembros podrán prever unos plazos de exoneración más largos en los casos en que:

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.”

<sup>33</sup> Martínez Caballero, J. (2021). “Directivas comunitarias (efectos)”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 20, pp. 334-347.

Actualmente el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>34</sup> establece el alcance general y directo de los reglamentos. En el caso de las directivas su aplicación es obligatoria para los Estados a los que van dirigidas, cediendo las competencias sobre las formas y medios para hacerlo.

La directiva no sustituye el poder de los Estados miembros, sino que los necesita para su aplicación teniendo como finalidad la armonización legislativa de los Estados, pero siempre respetando los diferentes mecanismos normativos y ordenamientos nacionales.

Por tanto, podemos concluir que la directiva no tiene alcance general e inmediato imponiendo una obligación de resultado. Para ello se requiere un acto normativo interno, conociéndose esta figura como transposición, respetando las formas que consideren más adecuadas los Estados miembros.

Analizando la regulación y los diferentes Tratados Internacionales puede parecer que se excluye en todo momento los efectos inmediatos de las directivas desde su aprobación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara en su jurisprudencia el concepto de efecto directo o efecto útil<sup>35</sup>. Este efecto permite a los particulares invocar en instancias del Estado miembro disposiciones comunitarias y solicitar la aplicación del Derecho de la Unión.

Con el asunto Van Duyn<sup>36</sup> se comenzó a discutir los efectos de las directivas señalando que no solo los reglamentos pueden tener aplicación directa y producir efectos directos. La sentencia determina que otras disposiciones pueden llegar a tener efectos análogos, cumpliendo con el carácter obligatorio otorgado a la directiva que se habría desvirtuado por la imposibilidad de que los particulares invocaran directivas comunitarias ante jueces nacionales.

---

<sup>34</sup> Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE): “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.*

*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

*La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.*

*Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.”*

<sup>35</sup> STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend en Loos (C-26/62): “que el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan en su patrimonio jurídico”.

<sup>36</sup> STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto Van Duyn (C-41/74).

Otro efecto importante derivado de la jurisprudencia lo encontramos en el asunto Ursula Becker<sup>37</sup> donde el TJCE añade que, si los países miembros no realizan la transposición de la directiva en el plazo señalado, no podrán alegar el incumplimiento de esta contra particulares.

En este sentido nos topamos con el mayor problema con el que se han ido encontrando los órganos comunitarios, el tiempo que tardan los países miembros en transponer las directivas aprobadas, superando con creces el plazo prescrito para ello.

Ejemplo de ello es nuestro propio país, que en octubre de 2021 tenía 20 directivas pendientes de transponer con una media de un año y ocho meses de retraso, en alguna ocasión superando hasta los cuatro años de retraso. Durante los años previos se han acumulado varios procedimientos de infracción por falta de transposición que han acarreado las primeras multas a nuestro país durante el año 2021.

La jurisprudencia del TJUE viene intentando tutelar la situación de los particulares que no pueden invocar normas de las directivas no transpuestas por los países miembros. En los asuntos Marleasing<sup>38</sup> y Pfeiffer<sup>39</sup> se dan pasos hacia esta protección.

En el primero de ellos se determina que el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar la normativa nacional haciendo todo lo posible para lograr la finalidad buscada por la directiva.

En el segundo caso, se incentiva una interpretación extensiva de los órganos jurisdiccionales nacionales en aras de buscar el cumplimiento de la finalidad de la misma.

Por último, los asuntos Francovich<sup>40</sup> y Faccini Dori<sup>41</sup> acentúan la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión obligando a los Estados miembros a reparar los daños generados por la falta de adaptación de las directivas a su ordenamiento interno, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

*“Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.”*

---

<sup>37</sup> 6 STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker (C-8/81)

<sup>38</sup> STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing (C-106/89), apart. 8.

<sup>39</sup> 8 STJCE de 5 de octubre de 2004, asunto Pfeiffer e.a. (C-397/01 a C-403/01)

<sup>40</sup> STJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich (C-6 y C-9/90).

<sup>41</sup> STJCE de 14 de julio de 1994, asunto Faccini Dori (C-91/92).

En cuanto a los tribunales españoles cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2017<sup>42</sup> en la que se concluye que, superado el plazo de transposición de una directiva sin haberse llevado a cabo, los particulares tienen la potestad de invocarla y la obligación de los tribunales nacionales es aplicarla directamente, siempre y cuando tenga efecto vertical (frente al Estado) y no horizontal (frente a particulares).

*“Como circunstancias determinantes de tales lesiones, se alega el desconocimiento por dichos funcionarios del equipo de policía judicial, del derecho de los detenidos a que el letrado que ejercitaba su defensa pudiera acceder al contenido del expediente que se hubiere instruido, derecho que se plasma en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procedimientos penales, publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el 6 de junio del mismo año y que entró en vigor a los 20 días. El plazo máximo de transposición a nuestro ordenamiento de tal Directiva, prosigue diciendo la demanda, expiraba el 2 de junio de 2014, y dado que la misma no se llevó a cabo y que la Directiva, en lo que aquí importa, tiene efecto vertical y sus disposiciones sobre el derecho de acceso al expediente son claras y no dejan un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, resultaban «directamente invocables y aplicables», con respeto además al principio de interpretación conforme.”*

Con esta sentencia, aunque el TJUE todavía no ha abrazado completamente la defensa de los particulares ante infracciones por falta de transposición de directivas, se permite una tutela de los ciudadanos que pueden invocarlas ante los tribunales nacionales, aunque únicamente en casos en los que prevalezca el efecto vertical, frente al Estado. En caso de tratarse de una disputa entre particulares (efecto horizontal), se podrá llegar a producir una indemnización por parte del Estado si se cumplen los requisitos apreciados en el asunto Faccini Dori.

## **5. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Habiendo hecho un estudio del caso podemos concluir que la vivienda habitual no tiene una protección específica en la normativa concursal. La tutela de la vivienda familiar

---

<sup>42</sup> Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 13/2017, de 30 de enero de 2017.

de los concursados recae en conexiones normativas de diferentes cuerpos legales e interpretaciones correctoras e integradoras.

Desde su definición inexistente en el TRLC debemos acudir a otras normas para conceptualizar e iniciar el estudio de la vivienda habitual.

**SEGUNDA.-** Atendiendo al supuesto de hecho, un matrimonio lastrado económicamente por la crisis derivada de la pandemia busca encontrar cierto alivio de sus deudas en la normativa concursal.

En primer lugar, el matrimonio acude al mecanismo preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. A pesar de cumplir todos los requisitos exigibles de la solicitud se produce la conclusión del mismo al no aceptar el cargo ninguno de los mediadores propuestos.

Se debe prestar especial atención al momento del cierre del expediente, debiendo constar en el mismo la imposibilidad de llegar a un acuerdo por falta de aceptación de los mediadores. El artículo 705 del TRLC establece el plazo en el que el deudor debe solicitar el concurso consecutivo:

*“Cuando el deudor fuera persona natural que no tenga la condición de empresario, transcurridos dos meses a contar desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, si el notario o, en su caso, el mediador concursal considerase que no es posible alcanzar un acuerdo, deberá solicitar la declaración de concurso consecutivo dentro de los diez días siguiente”*

La problemática en cuanto al plazo surge en torno a los efectos de una posible presentación extemporánea.

Podría llegar a plantearse la inadmisión del concurso al haber superado el plazo estipulado por la normativa concursal, sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia número 517/2020, de fecha 6 de marzo de 2020 se pronuncia al respecto señalando que la admisión del concurso no depende del plazo otorgado por el Juzgado, sino que una solicitud de concurso extemporánea conllevará la pérdida de los beneficios otorgados por los artículos 588 y ss. referidos a la imposibilidad de iniciar o continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor en un plazo de tres meses.

Todo este razonamiento debe ser matizado por la situación social en la que nos encontramos. La pandemia por el virus COVID 19 ha provocado matizaciones en todos los sectores y el jurídico no ha sido diferente.

Nos encontramos actualmente con una moratoria en materia concursal, suspendiendo el deber de solicitar concursos de acreedores hasta el 30 de junio de 2022, comenzando el plazo de dos meses en esa fecha, en virtud de las moratorias otorgadas en la pandemia en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, así como el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre.

La moratoria puede provocar que los concursos consecutivos de persona física que se presenten extemporáneamente no pierdan los beneficios que impiden el inicio o continuación de las ejecuciones, ya que es irrelevante que se haya comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo.

**TERCERA.-** Concluyendo el acuerdo extrajudicial de pagos con un resultado negativo debemos analizar las posibilidades de concurso que tienen D. Gonzalo y Dña. María.

La primera cuestión que debemos resolver es si existe la posibilidad de agilizar el proceso concursal presentando una declaración conjunta a través del denominado concurso conexo.

El TRLC en su artículo 38, constata la posible declaración conjunta del concurso de dos deudores distintos si estos son cónyuges.

En cuanto a los efectos de la acumulación dependerán del caso concreto. No se puede aplicar el artículo 43 del TRLC de forma automática a los concursos conexos de cónyuges por el hecho de regirse bajo el régimen económico de gananciales. Es necesaria una aplicación estricta de la consolidación de masas por su carácter excepcional.

Aclarada la posibilidad de concurso conexo, al tratarse de un concurso de personas naturales debemos plantear la solicitud del concurso consecutivo en aras de alcanzar el BEPI.

La solicitud del concurso consecutivo en este caso puede generar una problemática en torno a la competencia objetiva.

La competencia de los concursos de persona natural no empresaria corresponde a los Juzgados de Primera Instancia en virtud del artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A pesar de que D. Gonzalo ha tenido la condición de empresario hasta el año 2021, la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial de Madrid entiende que la competencia objetiva depende de la relevancia de las deudas derivadas de la actividad mercantil, pero en este caso no existen deudas de esta índole.

No se trata de un criterio unificado, ya que otro grupo de Audiencias entre las que se encuentra la Audiencia de Alicante optan por priorizar un criterio subjetivo. Si el deudor en el momento de la solicitud del concurso ya no ostenta la condición de empresario corresponderá la competencia a los Juzgados de Primera Instancia.

En cualquier caso, bajo ambos criterios la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia.

**CUARTA.-** La importancia del concurso consecutivo está conectada con la posibilidad de solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Esta institución tiene la finalidad de liberar al deudor persona natural de las deudas y otorgarle una segunda oportunidad.

El primero de los requisitos para obtener el beneficio es haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos. En virtud de la STS de 13 de marzo de 2019(150/2019) D. Gonzalo y Dña. María, pese a sufrir la conclusión del mecanismo preconcursal ante la falta de aceptación del cargo de los mediadores, cumplen con el requisito exigido por el artículo 488 del TRLC. La sentencia del Tribunal Supremo señala que *“basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”*. En la misma dirección señala el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 15 de junio de 2016, en el criterio I.3: *“Asimismo se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del art. 178bis e.3º en los supuestos en que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor.*

**QUINTA.-** Tras el estudio planteado y pese a que no todas las Audiencias coinciden con el mismo criterio, podemos solicitar la exclusión del plan de liquidación de la vivienda habitual en la que conviven D. Gonzalo, Dña. María y su hijo menor de edad.

La Audiencia Provincial de Barcelona ha creado un criterio jurisprudencial cada vez más aceptado por el resto de Audiencias en nuestro país. El criterio consiste en la posibilidad de no liquidar la vivienda habitual hipotecada del deudor.

Los requisitos que se han ido desarrollando a lo largo de los años se cumplen en el supuesto de hecho puesto que:

- El matrimonio se encuentra al día del pago de las cuotas del préstamo.
- Existe una situación de sobreendeudamiento. El valor del inmueble es inferior al capital pendiente de pago.

La conformidad del titular del crédito especial se obtendrá en la mayoría de los casos, ya que de esta forma se asegura cobrar capital total, en caso de liquidar la vivienda no cubriría la deuda completamente.

La fundamentación que ha ido desarrollando la Audiencia de Barcelona puede observarse claramente en una resolución reciente, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11/2020, de 23 enero de 2020.

En este auto se fundamenta la exclusión de la vivienda habitual hipotecada en base al mejor interés del concurso. La ejecución de la vivienda habitual no resulta beneficiosa para el resto de los acreedores, pero tampoco es perjudicial, es inocua al no existir sobrante para el pago.

Por otro lado, el derecho de alimentos que ampara al deudor obligaría a los acreedores a hacer frente a un nuevo gasto para garantizar una nueva vivienda del deudor. La situación actual del arrendamiento de vivienda no genera una expectativa adecuada para adoptar esta última posición.

**SEXTA.-** La problemática en torno a la vivienda habitual en el proceso concursal se ha vuelto todavía más frecuente con la llegada de la Directiva (UE 2019/1023) del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

La directiva que esta diseñada para deudores empresarios deja la posibilidad a los Estados Miembros de aplicarse a personas físicas no empresarias.

*Artículo 1.4: “Los Estados miembros podrán ampliar la aplicación de los procedimientos previstos en el apartado 1, letra b), a personas físicas insolventes que no sean empresarios.”*

La norma comunitaria pretende proteger la vivienda habitual del concursado otorgando plazos más amplios para la exoneración cuando una autoridad judicial o administrativa apruebe medidas para proteger la residencia principal del deudor y de su familia y cuando no se ejecute la vivienda principal del deudor.

Con esta normativa los órganos de la Unión Europea pretenden otorgar una tutela especial al hogar de las familias y personas que ya tienen que desprenderse de todos sus bienes para obtener el BEPI.

A diferencia de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales en la normativa comunitaria no se distingue entre vivienda habitual gravada o no.

A pesar de ello no es posible aplicar directamente la directiva por el momento, ya que todavía no se ha cumplido el plazo otorgado a nuestro país para la transposición de la directiva, sino que ha sido prorrogado por la situación del COVID 19.

En cualquier caso, pese a la posibilidad otorgada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en sentencia 13/2017, de 30 de enero de 2017, de invocar directivas cuyo plazo de transposición ha finalizado sin llevarse a cabo esta institución, no es aplicable al caso que nos ocupa ya que nos encontramos ante una disputa entre particulares. La jurisprudencia comunitaria no ha concedido la aplicación directa a las directivas no transpuestas por los Estados si consecuentemente tienen un efecto horizontal, entre particulares. La aplicación directa, por el momento, solo es alegable en supuestos de eficacia vertical, en procedimientos entre el Estado y particulares.

Igualmente, tampoco es aplicable porque no se ha cumplido el plazo otorgado a nuestro país para la transposición de la directiva, vence en julio de 2022.

Por otro lado, tampoco parece clara su invocación ante los tribunales nacionales de haber expirado el plazo. La Directiva no otorga una protección directa a la vivienda habitual de las personas físicas no empresarias, únicamente da la posibilidad de que mediante la transposición se puedan aplicar las medidas tanto a aquellos que ostentan la posición de empresarios como a los que no.

Sea como fuere, no se puede negar los constantes avances tanto a nivel europeo como nacional por buscar los métodos en los que el deudor hipotecario conserve su vivienda pese a entrar en concurso y obtener el BEPI.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

- Gómez Asensio, Carlos. Anuario de Derecho Concursal número 36/2015 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2015.
- Hualde López, Ibón. Anuario de Derecho Concursal número 25/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.
- Martínez Caballero, J. (2021). “Directivas comunitarias (efectos)”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 20, pp. 334-347.
- Muñoz García, Alfredo. “El Emprendedor de responsabilidad limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección”. Diario La Ley (21 enero 2014), núm. 8233.
- SÁNCHEZ-CALERO: *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, 2004.
- YÁÑEZ VIVERO, FÁTIMA: “La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley”. Revista de Derecho Civil, RDC ISSN 2341-2216 vol. VIII, núm. 1 (enero-marzo, 2021) Estudios, pp. 1-49.
- *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI), Tercera parte (Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia) (año 2012) p. 66.

## **JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

### **SENTENCIAS Y AUTOS DEL TJUE**

- STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend en Loos (C-26/62).
- STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto Van Duyn (C-41/74).
- STJCE de 19 de enero de 1982, asunto Ursula Becker (C-8/81).
- STJCE de 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing (C-106/89), apart. 8.
- STJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich (C-6 y C-9/90).
- STJCE de 14 de julio de 1994, asunto Faccini Dori (C-91/92).
- STJCE de 5 de octubre de 2004, asunto Pfeiffer e.a. (C-397/01 a C-403/01)

### SENTENCIAS Y AUTOS DEL TC

- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional nº13/2017, de 30 de enero de 2017.

### SENTENCIAS Y AUTOS DEL TS

- Sentencia del Tribunal Supremo (de Pleno) de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2013\1605).
- Sentencias del Tribunal Supremo (de Pleno) de 23 de mayo de 2013 (RJ 2013\3707).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019(150/2019).

### SENTENCIAS Y AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) de 27 de marzo de 2008.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección nº28) n.º 135/2016, de 16 de septiembre de 2016.
- Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de noviembre de 2016.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de febrero de 2017 (ROJ SAP B 29/2017).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº109/2018, de 6 de junio de 2018.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº72/2018, de 20 de junio de 2018.
- Auto de la AP de Barcelona nº584/2019, de 29 de marzo de 2019.
- Auto de la AP de Barcelona nº844/2019 de 9 de mayo de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2019 (SAP 4729/2019).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº11/2020, de 23 enero de 2020 (JUR\2020\54415)
- Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, nº517/2020, de fecha 6 de marzo de 2020.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de octubre de 2020 (AAP 8729/2020)

## SENTENCIAS Y AUTOS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- Auto del Juzgado Mercantil nº10 de Barcelona 138/2015, del 15 de abril de 2015.
- Auto del Juzgado Mercantil de La Coruña de 6 de octubre de 2020 (AJM 60/2020).