

EL EFECTO DE LOS RAYOS GAMMA SOBRE LAS MARGARITAS. EL ENCAJE DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

ÍNDICE.

- 1.- Introducción.
- 2.- Marco legislativo.
- 3.- Definiciones y alcance de la normativa sobre protección al deudor hipotecario en riesgo de exclusión social.
- 4.- El efecto de este marco normativo cuando se declara el concurso consecutivo.
 - 4.1.- Si la entidad financiera hubiera iniciado la ejecución hipotecaria antes de la declaración de concurso consecutivo.
 - 4.2.- Si el acreedor hipotecario no ha iniciado los trámites de la ejecución singular en el procedimiento civil correspondiente, pero el deudor ya al alcanzado algún tipo de acuerdo aparado por el RDL 6/2012.
 - 4.3.- El acreedor no ha iniciado la ejecución antes del concurso y el deudor no ha iniciado los trámites para obtener los beneficios del RDL 6/2012.
- 5.- Los criterios de evaluación de las opciones del deudor en riesgo de exclusión social declarado en concurso.
- 6.- Las ventajas de la opción de *encapsular* el crédito hipotecario cuando el deudor se haya acogido o pueda acogerse a los beneficios que evitarían la situación de riesgo de exclusión social.
- 7.- Conclusiones.

PALABRAS CLAVE.- Derecho concursal. Concurso consecutivo. Consumidor. Deudor hipotecario. Riesgo de exclusión social. Derecho fundamental a una vivienda digna. Exoneración del pasivo insatisfecho.

1.- Introducción.

“El efecto de los rayos gamma sobre las margaritas” es el título de una obra de teatro de Paul Zindel que ganó el premio Pulitzer en el año 1970, en 1972 Paul Newman dirigió la versión cinematográfica de esta pieza, un amargo drama familiar protagonizado por Joanne Woodward, esposa de Paul Newman.

El título de aquella obra resultaba absolutamente enigmático, de imposible encaje en la trama, sólo en los diálogos finales una de las hijas de la protagonista hace referencia al alto poder de penetración de los rayos Gamma es capaz de afectar seriamente el núcleo de cualquier célula viva y cambiar su ADN.

Lo radiación gamma tienen su origen en fisiones o fusiones nucleares, es tipo de radiación electromagnética que puede causar un grave daño al núcleo de las células. La atmósfera protege al planeta tierra de los rayos gamma que proceden del espacio, pero poco puede hacer ante una fisión nuclear.

Al estallar la burbuja inmobiliaria en España y sumirse nuestra economía en una profunda crisis financiera, afloró una realidad hasta entonces intuitiva: Cientos de miles de familias en el país no podían hacer frente al pago de los préstamos hipotecarios que habían firmado para pagar la adquisición de sus viviendas y, lo que era más grave, el valor de esas viviendas se había devaluado de tal manera que, en la mayoría de los casos, la venta de la vivienda apenas podía cubrir un 50% ó 60% del total de la deuda asumida. Este panorama se oscurecía todavía más cuando se constataba que una parte muy sensible de esta deuda se veía afectada por cláusulas abusivas que agravaban la situación de insolvencia.

Los sucesivos gobiernos que tuvieron que afrontar el resultado de la crisis económica tardaron en reaccionar, pensaron que el problema era meramente coyuntural, se adoptaron al inicio mínimas medidas de carácter social, ayudas que quedaron rápidamente mermadas por los recortes.

Hasta 2012, cuando la crisis llevaba casi un lustro instalada en la vida del país, no se plantearon las primeras medidas legislativas, destinadas a paliar los efectos de las ejecuciones hipotecarias seguidas contra particulares. Fue entonces cuando empezó a hablarse de personas en riesgo de exclusión social, de personas socialmente vulnerables.

En la medida en la que una parte sustancial de las insolvencias de las personas físicas se vinculaba a la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios, esas primeras medidas legislativas se centraron única y exclusivamente en esos contratos regulando un marco de renegociación con la entidad financiera antes de que se iniciara la ejecución judicial u ofreciendo, en último término, en sus sistema de moratorias o novaciones contractuales si se había iniciado la ejecución judicial.

No bastaba con acreditar que el deudor no podía hacer frente al pago de sus obligaciones ordinarias (definición clásica de la insolvencia), sino que era imprescindible acreditar que el deudor se encontraba en riesgo de exclusión social, es decir, se exigía al deudor cumplir con una serie de parámetros socioeconómicos que colocaban al deudor o a su familia en el umbral de la pobreza, utilizándose para ello indicadores que se referían al nivel de ingresos anual de la unidad familiar, el valor de la vivienda y los parámetros del número de habitantes de la localidad en la que se encontraba el inmueble hipotecado.

Este conjunto de normas partían del principio de intervención mínima, entendiendo que las medidas que debían adoptarse eran de carácter asistencial, destinadas a ayudar familias situadas en los límites de la pobreza; en definitiva, no se trataba de un plan de rescate para la clase media, que era la que estaba sufriendo los efectos de la crisis económica. Las medidas legislativas se adoptan extramuros del procedimiento concursal, pese a que en la raíz de los problemas se observaba una situación de insolvencia.

Cuando en el año 2013 (Ley 14/2013)¹ se introduce en la normativa concursal el primer ensayo de exoneración de pasivos, se restringe únicamente a empresarios particulares, autónomos y personas que consten como empleadores ante la Seguridad Social (conjunto de personas que la ley define como emprendedores), sólo los emprendedores tienen derecho a una segunda oportunidad en el marco del concurso.

El Real Decreto 1/2015² rectifica estas limitaciones y amplía el ámbito subjetivo de la segunda oportunidad a cualquier deudor de buena fe. Esta ampliación se consolida con la Ley 25/2015³.

Al producirse estos cambios normativos, el legislador no armoniza los distintos cuerpos legales lo que plantea graves problemas ya que las disposiciones sobre familias vulnerables o personas en riesgo de exclusión social aparecen ni tan siquiera mencionadas en el nuevo marco concursal.

Este trabajo tiene por objeto analizar cómo ensamblar las disposiciones sectoriales sobre préstamos hipotecarios y ejecuciones en las normas sobre concurso consecutivo y beneficio de la segunda oportunidad. Para realizar este examen hemos de partir de una premisa razonable: No debería tener sentido que el deudor persona física declarada en concurso tengan un régimen de protección más débil que en la ejecución hipotecaria.

¹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

² RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

³ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

El efecto que la situación de concurso pudiera tener sobre el deudor hipotecario no debería ser tan devastador como el efecto de los rayos gamma sobre las margaritas.

2.- Marco legislativo.

Ya se ha hecho referencia a las normas que se refieren a la normativa concursal. La normativa actual tiene su origen en la Ley 22/2003, Ley Concursal (LC), afectada, en lo que se refiere al deudor persona física y a los mecanismos de la segunda oportunidad por la Ley 14/2013, el RDL 1/2015 y la Ley 25/2015, todas ellas reseñadas.

En cuanto a las normas que regulan la protección del deudor hipotecario en riesgo de exclusión social son las siguientes:

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

3.- Definiciones y alcance de la normativa sobre protección al deudor hipotecario en riesgo de exclusión social.

Antes de entrar a analizar el efecto de la Ley Concursal en el deudor hipotecario en riesgo de exclusión social, es imprescindible realizar algunas precisiones sobre el ámbito objetivo y subjetivo de esta normativa sectorial.

Las disposiciones de referencia hablan de consumidores en riesgo de exclusión social, para establecer esa situación de riesgo de exclusión social acude a una serie de parámetros económicos, vinculados al nivel de ingresos del deudor y su entorno familiar, así como al valor de mercado de su vivienda, ya que las normas quieren evitar que acudan a estos instrumentos de protección personas que tengan en propiedad viviendas con precio de mercado que pudiera considerarse ostentoso.

Para la definición de consumidor, puesto que nada dicen las disposiciones reseñadas, habrá que acudir al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁴, que define al consumidor como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Debe advertirse que los conceptos que introducen el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013 no son los habituales ni del derecho civil tradicional, ni del derecho concursal.

1.- La primera referencia conceptual que debe realizarse es que todas estas normas limitan su ámbito de aplicación única y exclusivamente a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes en la fecha de entrada en vigor de la norma (9 de marzo de 2012).

No afecta, por tanto, a todos los contratos que hubiera podido firmar el deudor, sino únicamente a aquellos en los que se haya otorgado como garantía una hipoteca sobre un inmueble.

La protección se extiende a los fiadores, avalistas y garantes de estos deudores, siempre que concurran en estas personas también los requisitos para considerar que se encuentran también en peligro de exclusión social.

2.- No todos los deudores tienen derecho a acogerse a este régimen, sino sólo los que se encuentren en riesgo de exclusión social. La definición de personas en riesgo de exclusión social aparece en el artículo 3 del RDL 6/2012, modificado por la Ley 1/2013⁵.

⁴ RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

⁵ "1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A

estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2.º La unidad familiar monoparental con hijos a cargo.

3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.

4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral.

5.º La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

6.º La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género.

7.º El deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la letra a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

A la vista del citado artículo, reformado ya en diversas ocasiones, se constata que la definición de persona en riesgo de exclusión social no es sencilla porque los parámetros económicos fluctúan en función de distintas variables: Personas que integran la unidad familiar, ingresos conjuntos de la unidad familiar y población en la que se encuentra la residencia del deudor y su entorno familiar.

3.- No es suficiente con que el deudor se encuentre en situación de exclusión social, es necesario también que la entidad financiera que ha dado el préstamo a estas personas haya aceptado la aplicación de un denominado código de buenas prácticas, esa incorporación al código de buenas prácticas en principio era voluntaria, aunque en la práctica la totalidad de las entidades financieras españolas han aceptado la incorporación a este código.

Partiendo de estos conceptos básicos, para considerar que es posible la aplicación del código de buenas prácticas es necesario realizar tres constataciones:

c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

3. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:

1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

2.º Últimas tres nóminas percibidas.

3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

5.º En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

b) Número de personas que habitan la vivienda:

1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.

2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

3.º Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

c) Titularidad de los bienes:

1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.

2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.”

1) Que el deudor ha firmado un contrato que determina la afección de su vivienda como garantía para el cumplimiento del contrato, normalmente de préstamo.

2) Que el deudor es una persona en riesgo de exclusión social atendiendo a los criterios legales expuestos.

3) Que la entidad con la que ha firmado el contrato haya aceptado la inclusión en el listado de entidades que aceptan la aplicación del código de buenas prácticas.

Para examinar cómo se desenvuelve este marco de protección en las ejecuciones hipotecarias debe tenerse en cuenta que las circunstancias que permiten considerar que una persona se encuentra en riesgo de exclusión social deberán acreditarse ante la entidad financiera, es decir, no se trata de un trámite administrativo o judicial, sino de un trámite privado, extrajudicial, que, sin embargo, tendrá repercusión en el procedimiento judicial de ejecución.

La incidencia de este régimen legal en las ejecuciones hipotecarias afecta a distintos aspectos:

1.- Respecto de la determinación de la deuda.- Se limitan los intereses moratorios a los remuneratorios pactados más dos puntos (artículo 4 del RDL 6/2012). Esta limitación se modifica por la Ley 1/2013, que lo limita a tres veces el interés legal del dinero, aplicable sólo sobre el principal. En todo caso debe tenerse en cuenta que esta referencia a los intereses moratorios debe concordarse con la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- Se fija un régimen específico para los supuestos de ejecución extrajudicial (artículo 12 del RDL 6/2012).

3.- Las medidas que el deudor en riesgo de exclusión social puede solicitar a la entidad financiera sometida al código de buenas prácticas son:

a) Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

c) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

d) En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

4.- El anexo al RDL 6/2012 recoge también una serie de medidas complementarias que tienen incidencia en la situación patrimonial del deudor⁶.

⁶“2. Medidas complementarias.

a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá

facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

i. Reducción en un 25 por cien.

ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargada con cargas posteriores a la hipoteca.

3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión.

e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

4. Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

5.- El RDL 27/2012 permite la suspensión de los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias que afecten a personas especialmente vulnerables, esta suspensión es por plazo de 2 años y debe acordarla el juez o notario que lleva conozca del trámite de ejecución. Es un incidente dentro del procedimiento de ejecución. Este plazo se amplía hasta 7 años por la Ley 1/2013.

6.- Se modifica el artículo 579 de la LEC, articulando un mecanismo para poder liberar al deudor de la deuda que reste por satisfacer tras la ejecución hipotecaria, mecanismo que es equivalente al de la exoneración del pasivo pero limitado sólo al pasivo restante de un préstamo con garantía hipotecaria.

7.- La modificación del artículo 654 de la LEC determina un régimen específicos de imputación de pagos de los sobrantes de una ejecución hipotecaria.

8.- Se establecen límites mínimos del valor del inmueble para la adjudicación en subasta.

Observamos ya un primera problema de encaje, casi insalvable, entre la normativa sectorial sobre protección al deudor vulnerable en el ámbito hipotecario con la normativa concursal. En las normas sectoriales del 2012/2013 el elemento subjetivo no lo define solamente el deudor, sino también su entorno familiar, que es el económicamente trascendente para determina si hay riesgo de exclusión social. Esta decisión del legislador responde a parámetros muy realistas ya que normalmente el préstamo hipotecario no lo asume una sola persona sino los cónyuges, en la vivienda hipotecada no sólo viven los prestatarios, sino también su entorno familiar más cercano (hijos e incluso ascendientes), y el conjunto de ingresos que debe computarse no es sólo el del prestatario sino el de todo ese entorno familiar, con sus circunstancias económicas. De este modo se pretende también evitar que haya situaciones fraudulentas, en las que pida la adopción de estas medidas el prestatario insolvente pero que su entorno familiar y de convivencia disponga de recursos económicos suficientes.

El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.”

En el procedimiento concursal no existe la flexibilidad y el pragmatismo que se observa en el régimen legal del 2012/2013. La insolvencia se evalúa a título individual (artículo 1 de la LC) y solo en situaciones excepcionales se permite la solicitud de concurso acumulada en el caso de cónyuges (artículo 25 de la LC), o la acumulación de concursos ya declarados de ambos cónyuges (artículo 25 bis de la LC). En el acuerdo extrajudicial de pagos y en el concurso consecutivo se plantea la necesidad de la declaración conjunta de ambos cónyuges o el consentimiento del cónyuge no insolvente cuando se pueda ver afectada la vivienda habitual titularidad de ambos cónyuges. Por lo tanto, en el procedimiento concursal no es posible afectar a la totalidad de la unidad familiar, sin embargo el mediador concursal (en el trámite del acuerdo extrajudicial de pagos) o el administrador concursal (en el trámite del concurso necesario) deberán tener en cuenta la situación patrimonial de la unidad familiar para poder plantear escenarios propios del RDL 6/2012 o de la Ley 1/2013.

4.- El efecto de este marco normativo cuando se declara el concurso consecutivo.

No es sencillo encajar el anterior marco legal en el régimen, también excepcional, de la Ley Concursal. De modo más intuitivo que razonable, el Juzgado Mercantil 10 de Barcelona, en auto de 12 de septiembre de 2017, consideró que la vivienda habitual de una deudora hipotecaria no debía incluirse dentro del plan de liquidación puesto que la concursada acogerse al régimen de protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social. Sin embargo, esa decisión judicial lejos de dar una mayor cobertura al deudor, le puede mermar las garantías procesales y materiales, por eso el auto de instancia fue revocado por el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2018 (Rollo de apelación 370/2018).

No es un tema pacífico y todavía no existe un cuerpo de resoluciones judiciales lo suficientemente amplio como para estimar que se ha dado una solución judicial al problema, de hecho, una corriente importante de la doctrina considera que el régimen singular del RDL 6/2012 y de la Ley 1/2013 es incompatible con el procedimiento concursal, por lo tanto, cuando un deudor hipotecario es declarado en concurso, el régimen sectorial decae y deben aplicarse las normas concursales. Sin embargo, esta tesis no es unánime y autores como Xavier Rafi i Roig han defendido no sólo la compatibilidad de regímenes, sino la necesidad de aplicar prevalentemente la normativa sectorial sobre consumidores socialmente vulnerables⁷

Para poder encajar los dos cuerpos normativos a examen conviene, con carácter previo identificar distintos escenarios posibles:

4.1.- Si la entidad financiera hubiera iniciado la ejecución hipotecaria antes de la declaración de concurso consecutivo aunque esa ejecución hubiera podido quedar inicialmente paralizada por el inicio de los trámites extrajudiciales (acuerdo extrajudicial de pagos, conforme al artículo 235.2 a/ de la LC), incluso por la propia declaración de concurso, lo cierto es que el artículo 56 de la LC permitiría al acreedor con garantía real mantener fuera de la masa activa del concurso el bien hipotecado y seguir con la ejecución separada del inmueble.

Debe advertirse que si se ha iniciado la ejecución hipotecaria el marco legal que ampara al deudor es el previsto por la Ley 1/2013, dado que el régimen de protección del RDL 6/2012 se refiere a la situación previa a la ejecución hipotecaria.

Este primer escenario permitiría al deudor acogerse a los beneficios previstos para los deudores hipotecarios en los procedimientos de ejecución, con un matiz, dado

⁷ Xavier Rafi i Roig, La protección de la vivienda habitual del deudor persona natural y del crédito hipotecario en la ejecución singular y en el concurso de acreedores tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. El Derecho.com, mayo de 2015.

que el deudor se encuentra suspendido de sus facultades patrimoniales (artículo 145 de la LC), las decisiones con contenido patrimonial que hubiera de adoptar en el procedimiento de ejecución deberían adoptarse por el administrador concursal.

Por otra parte, el administrador concursal, en defensa de los intereses del concurso tendría que personarse en ese procedimiento de ejecución y evaluar el impacto que pudieran tener las obligaciones que el deudor pudiera asumir en ese procedimiento de ejecución y su incidencia en la masa activa y pasiva del concurso. Uno de estos efectos podría ser el de convertir el préstamo hipotecario en un alquiler social.

La ejecución separada del préstamo hipotecario determinaría que la vivienda no pudiera aparecer como bien integrado en la masa activa del concurso, sin embargo, el acreedor hipotecario sí tendría que aparecer como acreedor concursal, en los términos previstos en el artículo 90 de la LC, calculando el privilegio especial conforme a la fórmula del valor razonable de la garantía referida en el artículo 94.5 de la LC, por lo que el privilegio especial normalmente será inferior a la cantidad cubierta por la garantía real. Al seguirse la ejecución separada del bien, las normas aplicables serían las propias de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), con las especialidades referidas a los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social.

Debe defenderse que si, iniciada la ejecución, el deudor hubiera alcanzado alguna de las situaciones previstas en la Ley 1/2013, es decir, se hubiera paralizado la ejecución, o hubiera conseguido las quitas y esperas previstas, esa nueva situación de la deuda tendría que reflejarse en la masa pasiva, sin que sea posible desactiva, *ipso iure*, por la mera declaración de concurso, la situación anterior.

Al salir la vivienda de la masa activa del concurso y estar sometida a las reglas de la ejecución singular, correspondería al juez de instancia, no al juez concursal, la gestión de esa situación.

4.2.- Si el acreedor hipotecario no ha iniciado los trámites de la ejecución singular en el procedimiento civil correspondiente, pero el deudor ya al alcanzado algún tipo de acuerdo aparado por el RDL 6/2012.

Declarado el concurso consecutivo del deudor persona física, al abrirse simultáneamente la fase de liquidación concursal (artículo 242 bis de la LC), el acreedor hipotecario no podrá iniciar la ejecución separada (artículo 57 de la LC), por lo que el régimen procesal al que se somete el domicilio del deudor será el concursal.

Si el deudor hubiera realizado ya los trámites para acogerse al régimen de la persona en riesgo de exclusión social, el administrador concursal en principio debe respetar el estado en el que se encuentre la vivienda hipotecada.

Dado que el RDL de 2012 y la Ley 1/2013 configura una especie de convenio entre el deudor y la entidad financiera que permite reestructurar la deuda del prestatario en riesgo de exclusión social, las medidas en muchos casos son provisionales, limitadas en el tiempo.

La LC al regular el concurso consecutivo del deudor, fija un régimen de liquidación del patrimonio como trámite previo para conseguir la exoneración del pasivo satisfecho. Por lo tanto, ambos cuerpos normativos parece que hayan de aplicarse de modo alternativo, es decir, si el deudor tiene únicamente una deuda de naturaleza hipotecaria, acudirá al régimen del 2012/2013, si tiene varias deudas de origen distinto, acudirá a la LC; la LC le permite llegar a un acuerdo de reestructuración de deudas con sus acreedores por medio del acuerdo extrajudicial de pagos, o de liquidar ordenadamente su patrimonio como paso previo para obtener la exoneración de pasivos insatisfechos.

Si el administrador concursal considera que el régimen al que se somete el deudor al amparo de estas disposiciones legales es perjudicial para los intereses del concurso, podrá activar o bien el mecanismo de la acción de reintegración del artículo 71 de la LC,

o bien el régimen de resolución de contratos al amparo del artículo 61 de la LC. En cualquier caso, el administrador concursal deberá tener en cuenta que el deudor no ha de quedar en riesgo de exclusión social.

El problema que tiene el administrador concursal al realizar esa evaluación es el de fijar cual es el interés del concurso, ya que no es el interés del concursado, sino la expectativa que puedan tener los acreedores ordinarios para el cobro de sus créditos.

Si se decide el mantenimiento del régimen previsto en las normas de 2012/2013, lo razonable es que administrador concursal lo refleje así en su informe provisional, lo que determinará que la vivienda en cuestión no pueda realizarse dentro del concurso (salvo en los supuestos en los que esta realización hubiera de realizarse de todos modos al amparo del régimen de las normas de 2012/2013). En estos supuestos lo procesalmente correcto sería incluir la vivienda dentro de la masa activa del concurso pero estableciendo un criterio de valoración de mercado ajustado a la situación derivada del régimen de las normas de 2012/2013, lo que, en la práctica supondrá una reducción sensible del valor de esos activos.

En la masa pasiva del concurso, al reflejar el crédito con privilegio especial de la entidad financiera, deberá incluir la espera o circunstancia excepcional derivada de la normativa de referencia. Ese crédito quedará sometido a los acuerdos que derivaran de la Ley 1/2013, por lo que parece razonable defender el mantenimiento de los acuerdos entre deudor y acreedor, no resolverlos, pues la resolución dejaría al deudor en peor situación.

El reflejo en el informe (inventario y masa pasiva) de esa situación tiene una consecuencia procesal de interés, ya que cualquier interesado (incluido el deudor hipotecario o su acreedor) podrán impugnar el informe al amparo del artículo 95 de la LC, lo que permitirá un incidente contradictorio en el que se perfilara la situación del inmueble, del deudor y del acreedor. Así se advirtió en el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2018, en el que se indicó que no era procesalmente correcto excluir el inmueble del plan de liquidación, lo que hubiera sido más ortodoxo era que se hubiera excluido, en su caso, de la masa activa del concurso⁸

El mantenimiento del acuerdo que hubiera podido alcanzarse extramuros del concurso tiene un hándicap procesal de difícil solución: La declaración de concurso consecutivo determina el vencimiento anticipado de las obligaciones pendientes (artículo

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

El artículo 76 de la LC establece que:

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

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

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

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

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

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

145 de la LC), lo que hace que sea difícilmente compatible el mantenimiento de las obligaciones derivadas de ese convenio singular con el régimen de la liquidación del patrimonio del deudor, liquidación que el legislador prevé que se realice en un plazo muy breve de tiempo.

La solución práctica que podría adoptarse es la de prorrogar, previa autorización judicial, el plazo para liquidar el patrimonio del deudor. Ese plazo se prolongaría durante el tiempo de cumplimiento de las obligaciones derivadas del RDL de 2012 o de la Ley de 2013 (en los casos en los que se hubiera acordado una moratoria en el pago o un retraso en la ejecución).

La posibilidad de mantener una liquidación abierta (supuesto que no está legalmente previsto en la LC) tendría una serie de consecuencias no deseadas:

1.- Se generarían créditos contra la masa (entre ellos alimentos) durante todo el tiempo en el que estuviera abierto el concurso.

2.- Se privaría a los acreedores concursales de la legítima expectativa del pago total o parcial del crédito pendiente.

3.- Privaría al deudor de la legítima expectativa de optar por el beneficio de segunda oportunidad, ya que sólo se puede acceder a este beneficio después de haber concluido el trámite de liquidación.

En conclusión, la regla general debería ser la de mantener los acuerdos entre deudor y acreedor buscando el encaje en el concurso.

Si el deudor no se acoge a las medidas previas a la ejecución previstas en el RDL 6/2012 y se debe iniciar la ejecución del bien, dicha ejecución deberá incluirse dentro del plan de liquidación, en los términos previstos en el artículo 148 y 149 de la LC.

Si el deudor se encuentra dentro de los umbrales previstos en la legislación correspondiente, el administrador concursal en su plan de liquidación debería indicar que la ejecución de ese bien quedaría sujeta al régimen de la Ley 1/2013, lo que determinaría que el juez del concurso fuera el juez competente para conocer de la concesión de las ventajas previstas en esa Ley y todas sus incidencias.

En este caso, la Ley 1/2013 fija unos plazos de tramitación de esos beneficios y la posible paralización de la ejecución hipotecaria. Esta situación encaja mal con los breves plazos de la liquidación en el concurso consecutivo conduciendo, en la práctica, a situaciones de liquidación abierta que pudieran prorrogarse incluso durante años.

EL juez, al aprobar el plan de liquidación, sometido a las particularidades de la Ley 1/2013, puede acordar que se prolongue la liquidación todo el plazo previsto en la Ley 1/2013, dando así cobertura a un sistema de liquidación abierta en la que el deudor mantiene suspendidas sus facultades patrimoniales, siguen generándose créditos contra la masa y no pueden iniciarse los trámites de concesión del beneficio de la segunda oportunidad.

4.3. El acreedor no ha iniciado la ejecución antes del concurso y el deudor no ha iniciado los trámites para obtener los beneficios del RDL 6/2012.

Declarado el concurso consecutivo, el deudor queda suspendido en sus facultades patrimoniales (artículo 145 de la LC), que pasan a ser asumidas por el administrador concursal.

En los supuestos en los que el deudor pudiera encontrarse dentro de los umbrales del RDL 6/2012, le corresponderá al administrador concursal la gestión patrimonial del deudor, sin embargo, debería contar con el consentimiento del deudor ya que la incidencia de solicitar estos beneficios va más allá de la mera cuestión económica, aceptar las posibles ventajas del RDL 6/2012 puede llevar a que el deudor no acceda al mecanismo de la segunda oportunidad, o que quede fuera de dicha exoneración el crédito con privilegio especial.

En todo caso, el administrador concursal en la solicitud de concurso o en el informe del artículo 75 de la LC, debería indicar si concurren o no los presupuestos para acogerse a las ventajas, reclamar que se diera traslado expreso al deudor y a los acreedores (especialmente al acreedor con privilegio real) y permitir así que se realicen las alegaciones correspondientes, alegaciones que serían la alternativa procesal al trámite previsto en la Ley 1/2013.

Hay que advertir que, de este modo, la gestión procesal del reconocimiento de las opciones que prevé la Ley 1/2013 se realizaría antes de iniciarse la ejecución de modo efectivo. Eso no impediría que, si el administrador concursal no ha hecho mención a la concurrencia de las circunstancias que generarían el riesgo de exclusión social, pudiera el deudor solicitarlas al juez del concurso bien con las alegaciones al plan de liquidación, bien incluso cuando se inicien los trámites específicos de realización de la vivienda hipotecada.

A falta de previsiones específicas en la Ley Concursal, anterior al RDL 6/2012 y a la Ley 1/2013, no parece razonable defender que la LC actúa como ley especial que convierte al deudor insolvente en persona de peor condición en el concurso que fuera de él, sobre todo en aquellos casos en los que el propio deudor ha reclamado, en el concurso, el amparo al régimen específico.

5.- Los criterios de evaluación de las opciones del deudor en riesgo de exclusión social declarado en concurso.

En ninguno de los posibles escenarios examinados en el epígrafe anterior es posible un encaje perfecto entre los dos bloques de normas, la naturaleza liquidatoria del concurso consecutivo en el caso de las personas físicas es difícilmente compatible con el carácter convencional de las medidas previstas en la normativa 2012/2013 que lo que favorece es un acuerdo entre el deudor hipotecario y el acreedor financiero.

Por otra parte, el legislador concursal diseña una fase de liquidación muy breve en el concurso consecutivo, vinculada a los plazos del procedimiento abreviado; incluso en el caso del artículo 176 bis articula un procedimiento de insolvencia coloquialmente denominado *concurso expres* para poder declarar y concluir el concurso en una misma resolución, o poder concluir el procedimiento de manera precipitada cuando no haya activos o estos sean insuficientes para hacer frente a los gastos mínimos del concurso.

Las dificultades de armonización entre cuerpos normativos obligarán al concursado y, en último término, al administrador concursal a realizar una evaluación previa de las opciones del deudor que sea titular de una vivienda sujeta a una garantía hipotecaria.

Esa evaluación debe agotar los siguientes estadios:

1.- Debe ponderarse incluso dentro del trámite previo del acuerdo extrajudicial de pagos si el deudor cumple con las exigencias y requisitos para ser considerado deudor en riesgo de exclusión social o deudor vulnerable. Este paso previo será fundamental para establecer cuáles son sus opciones efectivas.

2.- Debe valorarse si al deudor le interesa y puede mantener el préstamo hipotecario en vigor, si puede cumplirlo con cierta normalidad dentro del marco del régimen de 2012/2013. Caso de disponer el deudor de recursos económicos suficientes como para poder cumplir con relativa norma, lo razonable es que el acuerdo entre el deudor y la entidad financiera se produzca dentro del acuerdo extrajudicial de pagos, puesto que en el acuerdo extrajudicial de pagos los acreedores con garantías reales pueden excluirse del acuerdo y sus consecuencias, permitiendo convenios bilaterales entre deudor y acreedor (artículo 231.5 de la LC).

3.- Si al deudor le interesa y puede mantener el préstamo hipotecario en vigor, pero, aún y así, ha sido declarado en concurso consecutivo, debe evaluarse si atendiendo a la declaración de concurso y sus efectos, el deudor puede asumir las obligaciones

propias del préstamo hipotecario aplicando la normativa concursal (artículo 58 de la LC, que permite la rehabilitación del préstamo; artículo 155.2 de la LC, que permite el pago de las cuotas pendientes con cargo a la masa si es de interés del concurso y así lo autoriza la administración concursal). La declaración de concurso permite al deudor concursado reordenar su patrimonio y sus prioridades de pago ya que el concurso paraliza las ejecuciones privadas en curso, paraliza también el devengo de intereses, protege al deudor frente a reclamaciones patrimoniales, subordina una parte de los créditos, permite alzar algunos embargos, permite también la resolución de aquellos contratos innecesarios ... En definitiva, en el contexto concursal el deudor, autorizado siempre por la administración concursal, puede solicitar que se afronten pagos prioritarios que, fuera del concurso, no podría atender.

Por lo tanto, es hipotéticamente posible que el deudor en el contexto del concurso pueda asumir el pago de las cuotas del préstamo hipotecario con una normalidad de la que carecía antes de la declaración del concurso.

4.- En esta evaluación es necesario también definir con precisión el principio de universalidad de la masa activa del deudor. El artículo 76.1 de la LC al regular el principio de universalidad indica que la masa activa del concurso la constituyen los bienes y derechos del deudor que sean inembargables. No define la LC el concepto de inembargabilidad, por lo tanto, habrá que acudir a la legislación procesal civil para identificar los bienes y derechos embargables.

La LEC configura los bienes y derechos que pueden ser embargados en el artículo 605 y siguientes, dejando cierto margen al deudor para que pueda subsistir con una mínima dignidad al establecer como inembargables aquellos bienes necesarios para su actividad profesional, los bienes de valor muy reducido (que no justifiquen el inicio del procedimiento de apremio) y ciertos umbrales mínimos en rentas, sueldos, salarios y pensiones. Estos criterios de inembargabilidad en lo que se refiere a sueldos, salarios y rentas fueron modificados en el RDL 6/2012 con el fin de ampliar el patrimonio inembargable en función de las cargas y obligaciones familiares.

Una aplicación rigurosa del artículo 76.1 de la LC debería permitir al deudor mantener ese patrimonio inembargable y poder disponer de él libremente, por lo tanto, ese patrimonio inembargable podría servir al deudor para poder asumir las obligaciones imprescindibles para el mantenimiento de la vivienda.

También en este contexto, el deudor o, en último término, el administrador concursal deberían evaluar la posibilidad de que el entorno familiar próximo al deudor pueda ayudar al cumplimiento de esas obligaciones básicas para el mantenimiento de la vivienda.

Si se permite que una parte del patrimonio del deudor no se vea afectado por la declaración de concurso, se permite también que con ese patrimonio se pueda hacer frente a algunas obligaciones del deudor que se vinculan a su entorno vital, siempre que con ello no se favorezca el fraude.

5.- El quinto estadio que debe evaluarse es el referido a las posibilidades efectivas que pueda tener el deudor de acogerse a la restructuración de la deuda hipotecaria del RDL 6/2012 (si todavía no se ha iniciado la ejecución) o a las alternativas a la ejecución hipotecaria previstas en la Ley 1/2013. Advirtiéndose que para que esta evaluación sea útil al deudor y al concurso es necesario que se tenga una certeza razonable del cumplimiento normal de las obligaciones de estos regímenes sobre el resto de plazo pendiente de pago del préstamo hipotecario.

6.- Si, realizadas las evaluaciones anteriores, se constata que el deudor no puede asumir las obligaciones del mantenimiento del préstamo hipotecario con cierta normalidad, lo razonable es que el administrador concursal o bien inste la rescisión de los convenios que el deudor hubiera podido alcanzar con la entidad financiera al amparo

del RDL 6/2012, o bien inicie la ejecución del bien sujeto a garantía real en el marco del concurso para el pago del privilegio especial.

6.- Las ventajas de la opción de *encapsular* el crédito hipotecario cuando el deudor se haya acogido o pueda acogerse a los beneficios que evitarían la situación de riesgo de exclusión social.

Bajo el término *encapsulamiento* en realidad lo que se está planteando es la posibilidad de permitir, en el marco de un procedimiento concursal, que el deudor pueda llegar a acuerdos singulares con el acreedor hipotecario que le permitan mantener el préstamo en vigor, sometido al régimen y medidas del RDL 6/2012 o a la Ley 1/2013.

Ya se ha hecho referencia a la posibilidad de preservar una parte de la masa activa del deudor partiendo de un concepto de inembargabilidad que va en la línea de la propia Ley Concursal, que se remite al RDL 6/2012 para valorar el esfuerzo razonable realizado por el deudor en el cumplimiento del plan de pagos (artículo 178 bis de la LC).

Es jurídicamente más complicado justificar que pueda excluirse del proceso de liquidación del patrimonio del deudor su vivienda habitual, complicado pero no imposible. El artículo 82 de la LC determina que la administración concursal en su informe haya de valorar los elementos de la masa activa al precio estimado de mercado en la fecha de cierre de ese informe (el artículo 82 de la LC hace referencia al inventario), por lo tanto, el valor que se da a los bienes del deudor no tiene porqué corresponderse ni con el valor que le hubiera podido dar el propio deudor en su documentación inicial, ni al valor que pudiera constar en la escritura de constitución del préstamo hipotecario (valor de tasación que, sobre todo en hipotecas anteriores a 2008, no era muy ajustado).

En los supuestos en los que el valor del inmueble realizado en sede concursal no permita cubrir la totalidad del privilegio especial garantizado por el inmueble, la incidencia que ese bien pueda tener en el interés del concurso es muy reducida. La realización del bien se aplicará al pago del privilegio especial, no se generará sobrante alguno para el resto de acreedores contra la masa o concursales y, además, la parte de privilegio especial no cubierta por la venta del bien se convertirá en crédito concursal.

Por lo tanto, siempre y cuando se cuente con valoraciones fiables de los inmuebles, puede ocurrir que la venta de un bien sujeto a garantías reales en el concurso no reporte beneficio alguno al concurso., más bien al contrario.

El acreedor con privilegio especial, normalmente una entidad financiera, tampoco tiene un especial interés en la realización del bien sobre el que constituyó la hipoteca, más bien al contrario, corre el riesgo de que en un proceso de venta judicial el bien se malbarate, no llegando a cubrir la totalidad de lo prestado y garantizado, o incluso haya de asumir una adjudicación en pago o para el pago del inmueble. Con ello, al acreedor con privilegio especial le puede interesar más que el deudor cumpla con puntualidad sus obligaciones de pago, eludiendo así la ejecución.

Esta fórmula de encapsulamiento debería permitir que el deudor, bajo la supervisión del administrador concursal, pudiera dar una solución singular al crédito hipotecario, pudiera ampararse en las normas protectoras de los deudores en riesgos de exclusión social y que, respecto del resto de sus deudas, pudiera acogerse a los beneficios de la segunda oportunidad, es decir, habilitaría una fórmula de segunda oportunidad parcial en la que podría optar a la exoneración de una parte de su pasivo insatisfecho garantizando así el cumplimiento de las obligaciones vitales básicas, entre las que se encontraría el derecho a una vivienda digna.

Para que esta fórmula no cause un perjuicio irreparable al resto de acreedores es necesario acreditar que la realización del bien hipotecado no reportará ningún beneficio directo o indirecto a los acreedores no hipotecarios. Para que no cause un perjuicio irreparable al deudor, es necesario disponer de elementos de juicio que permitan

considerar que el deudor, exonerado de una parte importante de sus deudas, podría hacer frente a las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario con normalidad.

7.- Conclusiones.

Hay serias dificultades procesales para poder encajar el régimen del RDL 6/2012 y la Ley 1/2013 en el régimen de la legislación concursal, estas dificultades de encaje son especialmente preocupantes tras la reforma de la Ley Concursal para permitir la exoneración de los pasivos insatisfechos.

No tiene sentido ni jurídico, ni material, que un deudor insolvente que inicia un procedimiento concursal se convierta en un deudor con peor derecho que un deudor hipotecario en una ejecución singular, por lo tanto, cualquier interpretación de las contradicciones procesales y materiales entre cuerpos normativos debe resolverse buscando la máxima protección al deudor que se encuentre en riesgo de exclusión social, al deudor vulnerable.

La protección al consumidor insolvente debe realizarse en el marco de un procedimiento universal de insolvencia, no en el contexto de una ejecución hipotecaria singular.

El beneficio de exoneración de pasivos insatisfechos debe considerarse un derecho básico, que haya de extenderse no sólo a los deudores que se enfrentan a una pluralidad de acreedores, sino también a aquellos casos en los que el deudor sólo tiene una deuda principal, la deuda hipotecaria.

Debería exigirse al legislador una normativa mucho más sencilla en materia de insolvencia de particulares, integrando las medidas de protección a personas en riesgo de exclusión social en el marco del procedimiento concursal. En esta misma línea debería exigirse que los procedimientos de insolvencia en sus efectos y soluciones pudieran extenderse a todas las personas que integran un núcleo familiar.

Mientras llegan las reformas, tendremos que seguir contentándonos con estudiar cual es el efecto de los rayos gamma sobre las margaritas.

José M^a Fernández Seijo.
Magistrado.
Junio de 2018.