

EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA HABITUAL Y CONCURSO DE ACREEDORES DE LA PERSONA NATURAL NO EMPRESARIO

Foreclosure of the principal residence and insolvency proceedings of a natural person who is not an entrepreneur

Por Prudencio Moreno Trapiella

Letrado de la Administración de Justicia, doctor en Derecho
prudenciomoreno@gmail.com

Artículo recibido: 03/05/21 | Artículo aceptado: 17/06/21

RESUMEN

Analizaremos en este trabajo las diferentes hipótesis que se pueden plantear en el supuesto de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual y el simultáneo o posterior procedimiento concursal de la persona natural.

ABSTRACT

We will analyze in this work the different hypotheses that can be raised in the event of foreclosure of the habitual residence and the simultaneous or subsequent insolvency proceedings of the natural person.

PALABRAS CLAVE

Ejecución hipotecaria, procedimiento concursal.

KEYWORDS

Foreclosure, insolvency proceedings.

Sumario: 1. Introducción. 2. Consecuencias procesales de la declaración del concurso para la ejecución hipotecaria en trámite. 2.1. Alzamiento de la suspensión de la ejecución hipotecaria. 2.2. Competencia objetiva en caso de reanudación de la ejecución. 2.3. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales. 3. El concurso de la persona natural: el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. 3.1 El régimen general de exoneración. 3.2. El régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos. 4. La clasificación concursal del crédito hipotecario en la parte insatisfecha del mismo tras la realización de la garantía hipotecaria. 5. Tramitación procesal de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa activa. Especial referencia al

concurso consecutivo. 6. La solicitud de concurso tras la ejecución hipotecaria de la vivienda. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

En ocasiones declarado el concurso de la persona natural convive este procedimiento con la ejecución hipotecaria de su vivienda, se trata entonces de analizar en qué supuestos procede la suspensión de la ejecución hipotecaria tras la declaración del concurso de la persona natural.

Analizaremos otra hipótesis diferente, muy frecuente en la práctica procesal, aquellos supuestos en que, tras la ejecución hipotecaria, no alcanzando el producto obtenido con la subasta del bien para saldar la deuda, sobre el remanente de deuda se insta por el deudor el concurso y tras la liquidación de sus bienes, usualmente el bien hipotecado, solicita el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

2. Consecuencias procesales de la declaración del concurso para la ejecución hipotecaria en curso

Nos referiremos a aquellos supuestos que encontrándose en trámite la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, se produce la declaración de concurso del deudor hipotecario, es decir, las consecuencias que para el proceso de ejecución acarrea la posterior situación de concurso.

El marco normativo de referencia en caso de concurso del ejecutado es el art. 568 de la LEC y 142 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante TRLC).

El artículo 568 de la LEC impone la suspensión de las ejecuciones en caso de situaciones concursales o preconcursales. En concreto establece el art. 568.2 de la LEC que, el Letrado de la Administración de Justicia decretará la **suspensión** de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso.

En el caso de precurso, se prohíbe la iniciación de nuevas ejecuciones durante el plazo de tres meses, dos meses si se trata de persona natural no empresario (art. 588, apartados 1 y 3 del TRLC). Para las ejecuciones en tramitación, en caso de precurso se suspenderán por el juez que estuviese conociendo de las mismas (art. 589 TRLC). Obsérvese la diferencia entre el concurso y el precurso, en un caso la suspensión la acordará el Letrado de la Administración de Justicia (art. 568 LEC), en otro caso el Juez (589 TRLC).

Por lo que se refiere específicamente a **las ejecuciones hipotecarias**, la declaración del concurso impide nuevas ejecuciones hipotecarias sobre los bienes o derechos de la masa activa **necesarios** para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (145.1 TRLC). Igualmente, en las

mismas hipótesis de necesidad, se impone *la suspensión de las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso* (art.145.2 TRLC).

Existe no obstante cierta controversia doctrinal acerca de si la suspensión de la ejecución hipotecaria opera automáticamente, es decir no requiere respecto de la que no exista pronunciamiento de «no necesidad», o, por el contrario, requiere pronunciamiento expreso de «necesidad» para que proceda la paralización de la ejecución.

La jurisprudencia mayoritaria se inclina a considerar que se produce automáticamente la suspensión de la ejecución hipotecaria una vez conste la declaración del concurso y entre tanto no exista pronunciamiento expreso en sentido contrario por parte del juez del concurso, es decir, la declaración del juez del concurso de «no necesidad» del bien hipotecado.

Aparece sintetizada esta doctrina en resoluciones de la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en la de 15 de marzo de 2019:

a) Prohibición de ejecuciones hipotecarias nuevas desde la declaración de concurso. Los titulares de derechos reales de garantía sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos.

b) Suspensión de las ya iniciadas desde la declaración de concurso. Las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta¹.

¹ La ejecución de las garantías reales tras la declaración del concurso, sus líneas básicas, aparecen sistematizadas en las **Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 2017**, de 15 marzo de 2019. Establece la Resolución DGRN de 15 marzo de 2019 (BOE 9 de abril) : «4. (...) tras sucesivas reformas legislativas (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo), con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor, pueden sintetizarse en las siguientes: la primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. **La tercera regla** se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión

2.1. Alzamiento de la suspensión de la ejecución hipotecaria

Ahora bien, si como hemos señalado, opera la regla de la suspensión automática una vez declarado el concurso del deudor, procede el alzamiento de la suspensión en dos hipótesis diferentes: a) en caso de declaración expresa del juez del concurso de «no necesidad» del bien para la continuidad de la actividad empresarial o empresarial del deudor; b) transcurso de un año desde la declaración del concurso.

a) *Alzamiento de la suspensión en caso de declaración expresa del juez del concurso de «no necesidad» del bien.* Tendrá lugar el alzamiento de la suspensión cuando se haya producido un pronunciamiento del juez del concurso en el que se declare que los bienes «no son necesarios» para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el *testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad*. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso.

Por tanto, para que se pueda alzar la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas se requiere testimonio de la **resolución del juez del concurso que declare** que el bien sobre el que recaiga la ejecución «**no es necesario**» para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 147 TRLC).

deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito *podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla*. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Naturalmente, la previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias. **La cuarta regla** se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación».

b) Alzamiento de la suspensión desde la eficacia del convenio o desde el transcurso de un año de la declaración del concurso.

Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación.

El art. 148 TRLC aclara que, la reanudación de las ejecuciones suspendidas, *se realizará en pieza separada ante el juez del concurso*. Sin embargo, conviene recordarlo, el art. 148 TRLC se encuentra encuadrado dentro de la subsección 2ª, de las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales, por lo que es discutible que se pueda aplicar analógicamente la referida disposición a ejecuciones distintas de las hipotecarias.

Por otra parte, la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía real no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor se **convierte en un nuevo presupuesto procesal**, sin esta declaración no será posible el alzamiento de la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes del concurso o iniciar nuevas ejecuciones².

Este presupuesto procesal será **objeto de control por parte del registrador** en el momento de la certificación de dominio y cargas, así como la

² Antes de la reforma del art. 56 de la LC (Ley 38/2011), era mayoritaria en la jurisprudencia el criterio de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el juez del concurso hubiese declarado previa y expresamente que el bien objeto de ejecución estaba afecto a la actividad o era necesario para la continuación de la misma. El cambio de criterio se hace visible en la jurisprudencia tras la reforma legal, así por ejemplo el **Auto de la AP de las Palmas de GC de 28 de octubre de 2011** (ROJ AAP GC 2065/2011):«FJ.4 (...) Pues bien, tras una profunda deliberación, a la vista de las últimas reformas legislativas de la LEC y de la LC en esta materia (...) esta Sala modificará su posición respecto a la adoptada en el auto anteriormente referido por entender que desde la constancia de la declaración del concurso en el proceso de ejecución de garantías reales procede la inmediata y **automática suspensión** del mismo, sin necesidad de que conste declaración alguna del juez del concurso de que los bienes o derechos objeto de ejecución están afectos a o son necesarios para la actividad empresarial o profesional, suspensión que debe acordarse por el Juzgado de Primera Instancia (desde la entrada en vigor del actual art. 568,2 de la LEC, por Decreto del Secretario de dicho Juzgado) sin necesidad de otra constancia que la de que se declaró el concurso, suspensión que no podrá alzar sin embargo el Juzgado de Primera Instancia sino sólo el juez del concurso -único competente para ello-, previa instancia de parte (art. 57,1 LC) y sólo por las causas legalmente previstas (entre ellas, la declaración de que el bien no está afecto ni es necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado)».

correspondiente práctica de la nota marginal de su expedición o, igualmente, al finalizar el procedimiento, al inscribir el decreto de aprobación del remate o adjudicación. El Registrador denegará la expedición de la certificación de dominio y cargas cuando constando registralmente la situación concursal del hipotecante entre tanto no conste testimonio del juez del concurso en la que se declare la «no afectación del bien» (Resoluciones DRGN de 10 de enero de 2017 y de 15 de marzo de 2019)³.

2.2. Competencia objetiva en caso de reanudación de la ejecución

La ejecución hipotecaria podrá reanudarse cuando conste testimonio de la resolución del juez del concurso declarando la *no necesidad* del bien, o igualmente, una vez *transcurrido un año* desde la declaración del concurso, sin que se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación o *aprobado el convenio* sin pronunciamiento expreso del juez del concurso sobre la afectación o no del bien. Ahora bien, la cuestión es ante qué órgano deberá tener lugar esta reanudación, si ante el inicialmente competente o el del concurso.⁴

La jurisprudencia de las Audiencias provinciales no era coincidente en este punto. En algunos casos se ordena la continuidad ante el originariamente competente (JPI), en otros casos como pieza separada ante el juez del concurso. Parecía imponerse, al menos en los últimos tiempos, el criterio de que desde la declaración del concurso el Juez de Primera Instancia pierde la competencia para seguir conociendo de la mencionada ejecución.⁵

³ La declaración expresa de no afectación se convierte en auténtico presupuesto procesal, lo que determina que el juez no deberá admitir la demanda de ejecución en tanto no conste esta, y su contravención podría dar lugar incluso a la nulidad de actuaciones. En todo caso siempre expuesta al control del registrador al expedir la certificación de dominio y cargas, o bien al final del procedimiento cuando se inscriba la ejecución.

⁴ Señala CABANAS TREJO que: «Si tenemos en cuenta los antecedentes expuestos, está por ver qué prevalecerá en el ánimo de los Jueces, **si la** necesaria depuración previa de la competencia objetiva, o el derecho del acreedor a seguir con el procedimiento separado (...). Pero las dudas tienen mayor trascendencia práctica cuando se trata del ejercicio de nuevas acciones, pues exigir para el despacho de la ejecución una previa declaración del Juez del concurso, sobre todo cuando ya esté superado el plazo de espera, les expone a que en el intervalo se abra la fase de liquidación, de ahí que tampoco nos debiera extrañar que en el futuro, y para esos casos singulares, los Jueces no se muestren tan estrictos a la hora de valorar los presupuestos de la ejecución, y opten por dejar que la otra parte se movilice, pero sin perturbar el hecho de haber iniciado previamente el ejercicio de la acción, que simplemente se trasladaría al juzgado que entonces resulte competente, si al final se declara la afectación del bien. La alternativa por el contrario sería la nulidad de todo lo actuado [AAP Las Palmas (5) 50/2011, 25 de octubre de 2011, AAP Islas Baleares (5) 607/2010, 28 de febrero de 2011], equivalente entonces a la pérdida de la ejecución separada, pues no es posible una nueva demanda ante el Juez del concurso una vez abierta la liquidación», CABANAS TREJO, R. La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2012, nº 16299, p. 10.

⁵ En esta materia, las audiencias provinciales se encontraban divididas. A favor de la reanudación ante el JPI, al menos en la hipótesis de que conste declaración del juez del concurso

La cuestión queda resuelta, al menos por lo que a las ejecuciones de garantías reales se refiere, en los arts. 146 y 148 del TRLC.

Cuando conste pronunciamiento del juez del concurso de no necesidad del bien para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, la reanudación se realizará ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla (art. 146). En la hipótesis de eficacia del convenio o transcurso de un año desde la declaración del concurso, la

de que la garantía real *está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor*, entre otras, la AP de Barcelona, Auto de 18 de abril de 2011 (ROJ AAP B 2617/2011) : «Pero la misma resolución [Auto de 22 de septiembre de 2010], variando como hemos dicho, el criterio hasta entonces sostenido, indica que "resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real *está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor*, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia "». Igualmente, la Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2019, afirma que tras la declaración del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad, cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma *y ordenarse que continúe ante el que era originariamente competente para tramitarla*. En sentido contrario, Auto AP Las Palmas de GC de 28 de octubre de 2011, FJ 5:« Precisamente por ello concluimos, contra la doctrina sostenida por la sección 28a de la A.P. de Madrid en el auto de 18 de marzo de 2011 citado, que el Juzgado de Primera Instancia, una vez conste en el procedimiento la declaración del concurso, no sólo debe acordar la suspensión del proceso de ejecución singular -lo que actualmente se acuerda por Decreto del Secretario por imperativo del vigente art. 568,2 de la LEC - sino que debe acordar también la remisión de los autos para su continuación, en su caso, *por el juez del concurso que es el competente para acordar el alzamiento de la suspensión y la reanudación, en su caso, de la ejecución singular como pieza separada del concurso por el mismo procedimiento que se viniera siguiendo*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57,1 de la LC , puesto que, a nuestro entender, desde la declaración del concurso el Juez de Primera Instancia pierde la competencia para seguir conociendo de la mencionada ejecución para cuyo conocimiento ya es exclusivamente competente el juez del concurso (competencia objetiva sobre la que puede resolverse de oficio en cualquier momento del proceso, por ser cuestión de orden público, y que en este supuesto ha sido alegada, para sostener la del Juzgado de Primera Instancia contra los fundamentos del auto recurrido, por la parte recurrente que, fundamentos que, como se ha expuesto, comparte esta Sala)». Abonaría esta interpretación el propio legislador, al señalar expresamente la EM de la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal que: «El carácter universal del concurso justifica *la concentración* en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos».

reanudación se realizará en pieza separada dentro del procedimiento concursal (art. 148).

En el caso del art. 146, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios, deberá continuarse la ejecución ante el órgano judicial o administrativo originariamente competente para tramitarla.

En la otra hipótesis, el alzamiento de la suspensión desde la eficacia del convenio o transcurrido un año de la declaración del concurso, la competencia para la reanudación, en pieza separada, corresponderá al juez del concurso, Así queda establecido en el art. 148.2 TRLC: «*La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda*».

Debemos no obstante recordar en este momento que la competencia objetiva del juez del concurso cesa con la eficacia del convenio. La competencia objetiva del juez del concurso se extiende a toda la tramitación del concurso, pero cesa ésta con la aprobación del convenio.

Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso y con ello la competencia del juez del concurso, art. 394.1 TRLC.

Cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en los arts. 44.1, 52 y 53 del TRLC a favor del juez del concurso respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

El TS había determinado que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor *desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación* (entre otras, STS 264/2017, de 3 de mayo)⁶.

⁶ Establece la STS 264/2017: «Decisión del tribunal. Competencia objetiva para conocer de las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en cuyo concurso ha sido aprobado un convenio (...) Por tal razón, cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el art. 8 de la Ley 22/2003 a favor del juez del concurso respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Como conclusión, una interpretación sistemática de los preceptos de la Ley Concursal, poniendo en conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III «de los efectos de la declaración de concurso» con lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas

2.3. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales

La apertura de la fase de liquidación de la masa activa tiene importantes consecuencias procesales para las ejecuciones hipotecarias, produce la pérdida del privilegio de la ejecución separada de los créditos con privilegio especial. Los acreedores reales que no hubieran ejercitado su acción antes de la declaración del concurso, abierta la fase de liquidación pierden el privilegio de ejecución separada. Las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso y que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de esta declaración se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto (art. 149 TRLC)⁷.

contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio.

Todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso y presentar la naturaleza de crédito concursal ordinario o subordinado, quedara afectado por el convenio, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio prevista en el [art. 134.1 de la Ley Concursal](#).»

⁷ En esta conclusión ya abundaba la Resolución DGRN de 15 de marzo de 2019 (BOE de 9 de abril): «**Y la quinta regla**, que es la que más directamente interesa considerar ahora, tiene como objeto determinar los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto. La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora [...]. El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal), pero pierde el privilegio procesal. Los acreedores hipotecarios y pignoratícios tendrán que esperar, para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación. Se ha dicho que el sistema legal vigente privilegia al “ejecutante madrugador”, esto es, aquél que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde

Pensemos en la hipótesis del concurso consecutivo tras el intento de acuerdo extrajudicial de pagos, por imperativo del art. 713.3 del TRLC, en caso de concurso consecutivo de una persona natural que no tenga la consideración legal de empresario, en el auto de declaración de concurso el juez acordará la apertura de la fase de liquidación. Si el acreedor hipotecario no hubiese iniciado con anterioridad la ejecución hipotecaria, la declaración de concurso le priva del privilegio de la ejecución separada del crédito hipotecario, ejecución que deberá realizarse en el seno del concurso.

3. El concurso de la persona natural: el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

En el concurso de las personas jurídicas que termine mediante liquidación tiene lugar la extinción de la persona jurídica deudora y con ella la responsabilidad (Cfr. art. 485 TRLC). En el caso de las personas naturales, por el principio de responsabilidad universal, liquidados sus bienes siguen respondiendo de sus deudas frente a los acreedores.

Este era el régimen vigente en nuestro ordenamiento hasta la introducción en nuestro ordenamiento de la llamada *discharge* o segunda oportunidad, a partir de cuya reforma es posible la exoneración del pasivo no satisfecho en el concurso de la persona natural. El nuevo modelo se introdujo primero con la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Posteriormente fue adoptado el Real Decreto Ley 1/2015, transformado tras su tramitación parlamentaria en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante BEPI) respecto del deudor persona natural viene regulado en el Capítulo II, del Título XI, del TRLC, arts. 486 y ss., en el bien entendido que la competencia objetiva en unos casos viene atribuida al juez de Primera Instancia, respecto del concurso de persona natural no empresario, y en otros al Juez de lo Mercantil, respecto al concurso de la persona natural empresario (art. 44 TRLC).

Para que en el concurso de la persona natural el deudor pueda obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho el mismo deberá concluir por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. *Presupuesto subjetivo común* es que el deudor persona natural que sea de buena fe (art.487), es decir: a) concurso

esa declaración sin que hubiera tenido lugar la apertura de la fase de liquidación. Pero la coherencia del sistema es absoluta [...]. No obstante, los acreedores hipotecarios y pignoratícios siguen gozando de una situación particular. No sólo obtendrán satisfacción de los créditos garantizados con el valor de realización de los bienes gravados, como consecuencia de la afección real propia de estos derechos de garantía (artículo 155.5 de la Ley Concursal), sino que tienen, además, cierta posición de control en la realización de los bienes (artículo 155.4, párrafo segundo)».

fortuito, que el concurso no haya sido declarado culpable y, que; b) el deudor no haya sido condenado en sentencia firme contra determinados delitos. Existe un régimen general, cuando el deudor procede al inicio a abonar el pasivo no exonerable (art. 487 y ss.); y un **régimen especial** de exoneración por la aprobación de un plan de pagos (el abono del pasivo no exonerable dilatado en el tiempo, art.493 y ss.).

3.1. El régimen general de exoneración

En el régimen general se exige que se trate de un deudor de buena fe (con las condiciones que ello conlleva); y *el pago de todos los créditos contra la masa, los privilegiados, y*—en el caso de que no se hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos— el pago del 25% de los créditos concursales ordinarios.

Por tanto, en esta primera modalidad, el deudor quedará liberado del 75 o del 100% del crédito ordinario según se haya o no sometido previamente a un acuerdo extrajudicial de pagos, en definitiva, que, si antes se ha intentado el acuerdo extrajudicial y ha liquidado sus bienes, el beneficio supone *la exoneración de 100% de los créditos ordinarios*.

El presupuesto subjetivo exige que se trate de deudor de buena fe. Se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos:

- a) Concurso fortuito, es decir, que el concurso no haya sido declarado culpable
- b) Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso

En relación al primer requisito, conforme al art. 442 del TRLC, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor. Estableciendo el art. 444 una serie presunciones de culpabilidad, como son, incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso, incumplir el deber de colaboración con el juez del concurso, o no hubieran formulado las cuentas anuales los tres últimos ejercicios, cuando el deudor estuviere obligado a ello⁸.

Prescribe con carácter general la apertura de la sección de calificación en el art. 446.1, precepto que establece que en la misma resolución judicial por la que

⁸ Excepciona el legislador en el BEPI, el requisito del carácter fortuito del concurso, cuando la culpabilidad se deba exclusivamente al retardo en la solicitud: «Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso» (art. 487.2.1)

se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa *el juez ordenará la formación de la sección sexta*. Solamente se exceptiona, en caso de convenio, cuando se establezca una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (446.2).

El presupuesto objetivo exige el abono de los créditos no exonerables. 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 acreedores⁹.

Alcance de la exoneración. Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, **exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos**. Si el deudor no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados (art. 491).

3.2. El régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos

⁹ «Artículo 487. Presupuesto subjetivo. 1. Solo podrá solicitar el beneficio de exoneración de responsabilidad el deudor persona natural que sea de buena fe. 2. A estos efectos, se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. 2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme».

Artículo 488. Presupuesto objetivo. 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».

Además del presupuesto subjetivo común que comparte con la modalidad anterior, es decir que se trate de deudor de buena fe, como requisitos adicionales, se exige un presupuesto objetivo especial y el sometimiento a un plan de pagos judicialmente aprobado, en resumen:

a) Deudor de buena fe. Es decir, concurso no culpable y la ausencia de condena penal.

b) **Presupuesto objetivo especial.** 1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso **una oferta de empleo adecuada** a su capacidad. 2.º No haber incumplido los deberes de **colaboración** y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. 3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años (art. 493).

c) En la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, el deudor deberá aceptar de forma expresa someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el juez y que la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años (art. 494).

Aunque el deudor de buena fe no hubiera satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados podrá solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quede exonerada.

En la segunda modalidad, art. 493 y ss., no se exige el abono de todos los créditos contra la masa y los concursales privilegiados, pero deberá someterse por contra a un plan de pagos aprobado judicialmente para poder disfrutar del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En esta modalidad el deudor no puede hacer frente a todos los créditos privilegiados y contra la masa, por lo que dilata el pago, se somete a un plan de pagos.

Si se cumplen todos los requisitos se acordará la exención provisional. El juez concederá la exención definitiva una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio (499.1).

Por otra parte, para la obtención de la exención definitiva no es requisito inexcusable el cumplimiento íntegro del plan de pagos, en este sentido el art. 499 del TRLC contempla la posibilidad de obtención de la exención definitiva cuando el deudor hubiese destinado al cumplimiento del plan de pagos al menos la mitad de los ingresos percibidos, o, incluso bastaría que hubiere destinado la cuarta parte de los mismos cuando se trate de una persona situada en el umbral de exclusión definido en el Real Decreto ley 6/2102 (art. 499.2 TRLC).

La nueva regulación excluye de la exoneración, tanto en el régimen general como en el especial, *a los créditos ordinarios de derecho público*, circunstancia que ha generado cierta polémica doctrinal y jurisprudencial ya que el 178 bis de

la antigua Ley Concursal permitía, en el régimen general, exonerar el crédito público ordinario y subordinado, no en cambio en la modalidad especial, la del plan de pagos.

En este sentido, conviene recordar que, **la STS de 2 de julio de 2019**, estableció que también el deudor que se acogía al plan de pagos podía beneficiarse de la exoneración del crédito público ordinario, sin embargo, el TRLC excluye expresamente esta posibilidad en las dos modalidades, tanto en la general como en la especial. El Auto de 8 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona entiende que ha habido un exceso *ultra vires* respecto de la delegación otorgada al gobierno, por ello decide no aplicar el art. 491 del TRLC.

En todo caso, conviene recordar que la exoneración del deudor no alcanza a beneficiar a los obligados solidarios y los fiadores. Así, establece el art. 502 que: «La exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida».

La obtención del BEPI por parte del deudor no beneficia a los fiadores de éste. La razón habría que buscarla en que el BEPI no sería un supuesto de extinción de deudas sino de no exigibilidad de las mismas¹⁰.

Pensemos en la hipótesis, por lo demás relativamente frecuente en la práctica forense, de existencia por un lado de un prestatario (deudor no hipotecante), y al mismo tiempo de un hipotecante no deudor (el dueño del inmueble hipotecado), el beneficio del BEPI concedido al deudor no alcanza al hipotecante no deudor, pudiendo los acreedores realizar la hipoteca.

4. La clasificación concursal del crédito hipotecario en la parte insatisfecha del mismo tras la realización de la garantía hipotecaria

Se trata de analizar en este momento la clasificación del crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo tras la realización de la hipoteca. El acreedor hipotecario, como acreedor privilegio especial, tendrá derecho a percibir el importe resultante de la realización del bien en cantidad que no exceda de la deuda originaria. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213.2).

¹⁰ Vid. MUÑOZ PAREDES, A. Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 11884/2020, p. 5.

El art. 497.1.2º, *relativo a la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos*, aclara que el beneficio de exoneración se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos con privilegio especial: «Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general». Este precepto, desde el momento que acepta el carácter exonerable del remanente de deuda tras la ejecución hipotecaria está presuponiendo que se trata de un crédito ordinario.

El crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo, salvo los supuestos en que proceda su clasificación como privilegiado general, así por ejemplo los créditos tributarios y de la seguridad social hasta el 50 % de su importe, o el del acreedor solicitante del concurso, deberá ser clasificado como ordinario, por tanto, sería exonerable si se cumplen los demás requisitos exigibles para su exoneración¹¹.

Con carácter general, la jurisprudencia viene calificando como crédito ordinario al remanente de deuda subsistente tras la ejecución del bien hipotecado, y como subordinado el relativo a los intereses devengados hasta la declaración del concurso.¹²

¹¹ Debe tenerse presente aquí la clasificación como privilegiados, con privilegio general de los créditos tributarios y de la seguridad social hasta el 50 % de su importe (art. 280.4º). Igualmente, los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiera declarado el concurso, hasta el 50% de su importe (art. 280.7º)

¹² Por su carácter didáctico, merece su cita el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, de 20 de noviembre de 2011 (CENDOJ Roj: AJM C 79/2011 - ECLI: ES:JMC:2011:79ª): «En este sentido, la recomendación 188 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia (2004) establece que cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía, previsión que expresamente proyecta la Guía tanto sobre la liquidación como sobre los casos en que el procedimiento de insolvencia se resuelva mediante un plan de reorganización. Nuestra Ley concursal no contiene, salvo para el caso de liquidación, una previsión expresa en ese sentido y no permite -al menos no expresamente- asignar a cada crédito más que una clasificación, de modo que el crédito del acreedor hipotecario es privilegiado especial en la lista de acreedores aunque las posibilidades de cobro mediante la realización del bien afecto sean pocas o nulas (por ejemplo, acreedores con segunda o tercera hipoteca sobre un inmueble cuyo valor de realización no bastará para cubrir el crédito garantizado con la primera, o titulares de garantías sobre bienes que hayan experimentado una gran depreciación). Ciertamente no es lógico que, en estos casos, la asignación de una clasificación, determinada por la existencia formal de la garantía, permita desconocer la realidad de las cosas y sirva para transformar un crédito con privilegio especial en un crédito con privilegio general, susceptible de ser íntegramente percibido con el producto de la realización de cualquier otro bien de la masa no afecto al pago de otros créditos con privilegio especial ni previamente separado para atender al pago de los créditos contra la masa. El profesor Carrasco Perera -Los Derechos de garantía en la Ley concursal, primera Edic., 2004, pág. 53 y 54- llama la atención acerca del hecho de no haber previsto la LC que el acreedor con privilegio especial es, siempre y por definición, un acreedor

Si con la realización de la garantía no se cubre la totalidad del crédito, respecto de ese remanente no satisfecho, operan las reglas generales de clasificación de créditos. La calificación concursal de un crédito no queda alterada porque estuviera garantizada por una hipoteca, tras la realización de la misma este crédito tendrá la calificación que corresponda conforme a las reglas generales.

Al respecto puede citarse la STS de 28 de mayo de 2018: «(FJ II): De tal modo que, si tras la realización de la garantía, no se cubre la totalidad del crédito, respecto de ese remanente no satisfecho operan las reglas generales de clasificación de créditos. De hecho, por ejemplo, no parece ofrecer duda que, al acreedor hipotecario que hubiera instado el concurso, le sería reconocida la parte de crédito no satisfecha en la ejecución de privilegio especial como privilegiada general del art. 91.7 LC [art. 280.7º TRLC] , en el porcentaje legalmente previsto (...) “Sin perjuicio de que la parte del crédito hipotecario no satisfecho con lo obtenido por la realización del bien hipotecado, continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda”. Es decir, la calificación que corresponda conforme a su naturaleza, no queda alterada porque estuviera garantizado por una hipoteca. Y, en este caso, la naturaleza del crédito

condicional por el déficit entre el valor de realización de su garantía y el importe de su crédito y propone, siguiendo al profesor Beltrán, que la vía adecuada es la de tratar estos créditos como suspensivamente condicionados del artículo 87. 3, con lo que sus titulares quedarán provisionalmente privados de los derechos de adhesión, voto y cobro por el concepto de acreedor ordinario, esto es, por la parte del crédito -inicialmente no determinada- que finalmente quedará sin cubrir con la realización de la garantía (...). 4º.- Con lo expuesto ya es posible concluir que la interpretación que ha mantenido el auto impugnado desconoce la función y la naturaleza propia de los privilegios especiales que, como excepción positiva a la regla de la paridad, sólo se justifica por razón de la garantía y en la medida en que, con su realización, sin afectar a otros bienes de la masa activa, pueda quedar su crédito satisfecho. Permitir que, aprobado judicialmente un convenio concursal, una ejecución hipotecaria pueda seguir, conforme al artículo 579 LEC , con el embargo de otros bienes de la masa activa por ser insuficiente el producto de la realización de la garantía, es tanto como conferir al acreedor un crédito con privilegio general para el cobro del déficit -por todos sus componentes además, incluidos los intereses y las costas- que ni le ha sido reconocido ni ningún amparo tiene en los supuestos del artículo 91 de la LC . El tratamiento concursal que el déficit debe recibir, una vez que ha quedado determinado, es, por el contrario, el propio de los créditos ordinarios -en cuanto al principal- y el de los subordinados del artículo 92 3º - en cuanto a los intereses devengados hasta la declaración del concurso, que la garantía no ha cubierto-, para ser pagados uno y otro conforme al convenio, bien entendido que la cuota de pago determinada por las esperas y las quitas del convenio se habrá de calcular sobre el déficit (es decir, sobre la parte del crédito concursal antes contingente y ahora determinado) y no sobre el total del crédito hipotecario inicialmente impagado. El recurso debe ser, por todo ello, estimado con reposición del auto impugnado». Vid. Igualmente PARRA BAUTISTA, J.R. De la “segunda oportunidad” y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2014, nº 6911.

tributario litigioso, si no hubiera estado garantizado, sería la de privilegiado general del art. 91.4º LC hasta el 50%»¹³.

Una vez definida la clasificación del crédito hipotecario en la parte no cubierta, su clasificación como ordinario y por tanto exonerable, resta por analizar el cumplimiento de los demás requisitos para la obtención del beneficio de exoneración, en especial la condición de deudor de buena fe, en lo relativo a la clasificación del concurso como fortuito.

5. Tramitación procesal de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa activa. Especial referencia al concurso consecutivo

En la práctica procesal se ha comprobado que en muchos casos el concursado no tiene bienes suficientes para la tramitación del concurso. Aparece regulada la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa en los arts. 470 y ss. TRLC (antiguo 176 bis LC). El legislador previene dos regulaciones diferentes según que la acreditación de la insuficiencia de la masa activa tenga lugar ya desde el inicio del procedimiento o tenga lugar en un momento posterior. La conclusión por insuficiencia de la masa activa puede ser simultánea a la declaración del concurso, el llamado concurso exprés (arts. 470 y ss.), o declarado el concurso, cuando quede acreditada esta insuficiencia en un momento posterior (arts. 473 y ss.).

¹³ Puede citarse también la **STS 20 de febrero de 2019**, FJ III: «Además, conforme a esta regulación [arts. 59, 90 y 92.3º LC], los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo -anterior o posterior a la declaración del concurso- si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía. Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

2.- La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción, promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto (*iusdistrahendi*), como al otorgarle un privilegio -aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiados- para el cobro con lo obtenido en dicha realización forzosa (sentencia 313/2018, de 28 de mayo).

En la [sentencia 491/2013, de 23 de julio](#), advertimos que la realización del bien hipotecado, que garantiza el crédito con privilegio especial (art. 90.1º LC), supondrá el pago de dicho crédito (art. 155.1 LC) y dará lugar a la cancelación de la carga. Crédito que no abarca solo el principal, sino también los intereses devengados y cubiertos por la garantía, como se desprende tanto de los preceptos de la LC citados, como del art. 692 LEC, supletoriamente aplicable por mor de la [disposición final quinta LC](#), que establece que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al acreedor su crédito, intereses devengados y costas causadas y el resto se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados, sobre el bien hipotecado».

Para el primer caso, conclusión simultánea a la declaración del concurso, se establecen las *especialidades respecto a la persona natural*, en el mismo auto que acuerda la conclusión se designará un administrador que deberá liquidar los bienes. Una vez comunicada la finalización, dentro de los quince días siguientes podrá *solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho* (art. 472 TRLC)¹⁴.

El legislador previene una regulación más pormenorizada para los supuestos de insuficiencia de la masa activa posterior a la declaración del concurso. Para el supuesto de insuficiencia de la masa activa posterior al auto de declaración del concurso, el TRLC establece una serie de reglas en orden a la determinación del carácter fortuito o culpable del concurso, así como del preceptivo informe de la administración concursal al respecto. Prescribe el art. 473.2 que no podrá dictarse auto de conclusión en el supuesto de insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación. Igualmente, conforme previene el art. 474, la administración concursal en su informe final de la liquidación razonará inexcusablemente que el concurso no será declarado culpable.

El art. 472 del TRLC es prácticamente reproducción del art. 176.bis.4, apartado segundo de la Ley Concursal, precepto calificado de contradictorio, por la incongruencia que supone acordar el archivo del procedimiento y al mismo tiempo nombrar un administrador para liquidar los bienes. La jurisprudencia mayoritaria entendía, en aplicación del art. 176 bis 4º, párrafo segundo, y como **excepción a lo previsto** en el art. 176.bis, 4º (la conclusión del concurso en el propio acto de declaración en los concursos sin masa activa), que en el concurso de la persona física fuese o no consecutivo, el juez no podía declarar el archivo en el mismo auto de declaración sino que tendría que proceder a la designación de un administrador concursal para que procediese a la liquidación del patrimonio, y paralelamente debería tramitarse la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, trámite previo a la declaración de conclusión del concurso.¹⁵

¹⁴ **Artículo 472. «Especialidades en caso de concurso de persona natural.** 1. Si el concursado fuera persona natural, el juez, en el mismo auto que acuerde la conclusión, designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en esta ley para el supuesto de insuficiencia de masa.

2. Una vez comunicada al juzgado la finalización de la liquidación, el deudor, dentro de los quince días siguientes, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso, siendo de aplicación la tramitación, los requisitos y los efectos establecidos en esta ley».

¹⁵ Como ha señalado GONZÁLEZ SUAREZ, a propósito del art. 472 del TRLC: «Por un lado, es una incongruencia designar un administrador concursal en el mismo auto que acuerda la conclusión del concurso pues, como señalábamos, precisamente lo que se persigue con la institución de la declaración y conclusión, es evitar los costes de tramitación del procedimiento concursal cuya principal partida está representada por los honorarios de la administración concursal. Por otro lado, subsisten los problemas anteriormente apuntados relativos a la

No obstante, el tenor literal del precepto comentado, respecto de los concursos de las personas naturales en ausencia de masa activa, la jurisprudencia mayoritaria había rechazado la posibilidad de concurso y archivo simultáneo en el mismo auto.

Abonaría igualmente esta interpretación lo dispuesto en el art. 490.3 del TRLC, cuando establece que no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando el beneficio solicitado¹⁶.

Es sumamente ilustrativa en este sentido la Sentencia de la AP de Barcelona de 29/6/2018 (ROJ SAP B 6518/2018):

«CUARTO.- De la declaración y conclusión del concurso consecutivo por insuficiencia de masa para atender el pago de los créditos contra la masa (art. 176 bis.4 LC) 9.- En el caso que nos ocupa se acordó la declaración y conclusión en la misma resolución en la que se nombraba administrador concursal para liquidar bienes, de conformidad con el trámite previsto en el art. 176 bis.4.apartado 2 LC , argumentándose por el juez a quo que el deudor carecía de bienes inmuebles,

tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, en particular, en lo que respecta al traslado de la solicitud de exoneración a los acreedores personados exigido por los artículos 489. 3 y 496 TRLC puesto que si se concluye el procedimiento no se podrá haber personado ningún acreedor. Asimismo, se ha de tener en cuenta que la conclusión del concurso resulta incompatible con algunos aspectos del régimen del concurso consecutivo. En particular, con la tramitación de la impugnación del inventario y la lista de acreedores prevista en el artículo 713 TRLC y absolutamente necesaria para la concesión de la exoneración del pasivo, porque al objeto de poder determinar los créditos que se van a ver afectados por la exoneración, es necesario fijar previamente y con contradicción, la clasificación y cuantificación de los créditos del deudor. De la misma forma, del 719.2 TRLC que exige la calificación del concurso como fortuito, se desprende que la concesión de la exoneración del pasivo precisa de la apertura de la sección de calificación. Por último, la declaración y conclusión del concurso sin masa de persona natural impediría conceder la exoneración del pasivo y aprobar el plan de pagos en la misma resolución en la que se declare la conclusión del concurso de acreedores tal y como establecen los artículos 490 y 496 TRLC», GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089.

Sobre este concreto aspecto ha señalado VELA TORRES que: «...en estos concursos exprés **no se abre la fase de calificación del concurso**, de manera que el deudor no será responsabilizado por la situación de insolvencia o su agravamiento, ni sufrirá las consecuencias del concurso culpable. Queda a salvo, no obstante, el régimen de responsabilidad del órgano de administración, en caso de deudor persona jurídica», VELA TORRES, P.J. Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017, nº 7146/2017, p.11.

¹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089, pág. 2.

percibiendo un salario de poco más de 1.000 euros y que no había acciones de reintegración ni responsabilidad de terceros, por lo que concurría el supuesto de insuficiencia de masa activa. 10.- Ante tal argumentación la ley prevé una regulación contradictoria, puesto que, por un lado, la insuficiencia de masa activa permite el archivo en el mismo auto de declaración de concurso, mecanismo introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con carácter general, pero, al tratarse de persona física, el precepto indica que " el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis. "11.- Este inciso, referente a los concursos de personas físicas, fue introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, pensando en cómo articular en estos supuestos de insuficiencia de masa la tramitación del beneficio de pasivo insatisfecho, que en esa misma normativa se introduce. Decimos que **es contradictoria** puesto que carece de sentido concursal acordar la declaración y archivo por insuficiencia de masa y, en la misma resolución, nombrar administrador concursal para liquidar bienes de forma simultánea, además de **darle trámite a la solicitud de exoneración** del art. 178 bis LC donde tanto el administrador concursal como los acreedores personados tienen un papel muy importante, los cuales tienen plazo de audiencia (art. 178 bis 4 LC).

12.- Por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC, no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá a liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC»¹⁷.

¹⁷ En el mismo sentido, el Auto de la AP de Barcelona, sección 15, de 7 de octubre de 2020 (ROJ AAP B 8676/2020): «12.- Por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC , no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, **sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá a**

Es práctica generalizada en los concursos de las personas físicas el previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), por los beneficios que conlleva para el deudor, fracasado el intento de acuerdo, la tramitación subsiguiente será la del concurso consecutivo. Pues bien, en este caso el mediador deberá pronunciarse en su informe acerca de si reúne el deudor los requisitos para obtener el BEPI, en especial el carácter fortuito o no del concurso.

Sobre este trámite específico y si procede en caso de informe favorable del mediador la apertura de la sección de calificación se pronuncia la Sentencia de la **AP de Barcelona de 29 de junio de 2018** (ROJ SAP B 6518/2018). Si el mediador concursal afirma que se reúnen los requisitos para la obtención del BEPI, no constando tampoco la petición de apertura de la sección de calificación por los acreedores personados, no podrá el juez calificar el concurso culpable : «(FJ VII) Ya hemos visto que el mediador concursal, al tiempo de solicitar el concurso consecutivo, *deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación* (art. 242.2.b) LC). La norma prevé dos opciones alternativas, o se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis o interesa la apertura de la pieza de calificación, puesto que uno de los requisitos del art. 178 bis LC para que el deudor tenga la consideración de deudor de buena fe es que el concurso no sea declarado culpable, por lo que si considera que cabe esa posibilidad ya no solicitará la concesión del beneficio de pasivo insatisfecho.

29.- En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida deniega la exoneración por entender que el concurso es culpable, lo que supone una clara infracción del art. 178 bis, 242 y 170 LC. Como hemos visto, si en la solicitud de concurso consecutivo presentada por mediador concursal se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos del art. 178 bis, para la exoneración, será porque entiende que la calificación del concurso es fortuita. Solo en el caso contrario, cuando el mediador concursal prevea que el concurso puede ser calificado culpable, solicitará la apertura de la fase de calificación y el juez procederá a su

liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC.

13.- (...) **Por ello, el juez a quo no debió acordar la declaración y conclusión en el mismo auto, sino dar el trámite normal al concurso consecutivo** para poder tener una información completa sobre el concursado, lo que le hubiera ahorrado los requerimientos que durante el procedimiento ha llevado a cabo para recabar aquella".

3. Dicho lo anterior se deduce que la insuficiencia de masa activa no es un hecho que impida la declaración de concurso, tal como ya hemos expuesto, sino que permite, de concurrir tras apreciación judicial, que en la misma resolución que se declara la concusión del concurso, pero debe nombrarse administrador al mediador para la tramitación a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC.».

apertura, para tramitarse con la presencia del Ministerio Fiscal, del administrador concursal, deudor y demás interesados, en cuyo caso no podría acordarse el archivo en el mismo auto de conclusión como realiza el juez *a quo*, siendo uno de los presupuestos la inexistencia de acciones de responsabilidad para terceros.

30.- *Por ello, si en el auto de declaración y archivo se argumentó que no había responsabilidad de terceros, y si el mediador al solicitar el concurso no solicitó la apertura de la fase de liquidación, no puede el juez concursal al tiempo de resolver sobre la solicitud de exoneración de pasivo analizar si el concurso es o no culpable, cuando nada se ha alegado ni se ha tramitado la fase concursal correspondiente».*

Respecto a los concursos de la persona física sin masa activa, la regulación del art. 472 del TRLC, como decimos, no despeja las dudas suscitadas con la regulación anterior (178.bis., 4, apartado segundo). No aclara el legislador como articular en los supuestos de concursos sin masa activa la tramitación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

En la práctica los órganos jurisdiccionales, declarado el concurso, proceden al nombramiento de un administrador concursal a los solos efectos de liquidar bienes, si los hubiere (supuesto ciertamente poco frecuente), debiendo en todo caso darse curso a la solicitud del beneficio de exoneración de pasivo con los trámites de los art. 487 y ss. TRLC.

Lo normal en el concurso de la persona natural es que el deudor haya intentado previamente el acuerdo extrajudicial de pagos, solo así podrá exonerar la totalidad de los créditos ordinarios. Cuando con anterioridad al concurso se hubiere llevado a cabo una *negociación tendente a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos* (AEP) y no se hubiese alcanzado un acuerdo tendrá lugar el concurso consecutivo (art. 695 TRLC). El deudor obtendrá la exención del cien por cien de los créditos ordinarios en caso de obtención del BEPI, cuando previamente haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos.

Pieza clave es el informe del mediador concursal que deberá pronunciarse sobre si procede la obtención del BEPI o alternativamente la apertura de la de la sección de calificación (concurso culpable). Establece el art. 706.3 TRLC: «En la solicitud el mediador concursal deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y, en caso de que proceda, sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación».

Regula igualmente, el art. 719 del TRLC, la calificación del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos: «1. Dentro del plazo para formular observaciones o propuestas de modificación del plan de liquidación, los acreedores, mediante escrito razonado, podrán solicitar la apertura de la sección de calificación. 2. En el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez, cuando concurran los presupuestos legales, declarará en el

mismo auto de conclusión de concurso la exoneración del pasivo insatisfecho, con los efectos establecidos en esta ley».

La lectura conjunta de estos dos preceptos permite concluir que no habrá apertura de la sección de calificación cuando el mediador se pronuncia favorablemente a la obtención del BEPI y tampoco los acreedores insten la apertura de la misma.

6. La solicitud de concurso tras la ejecución hipotecaria de la vivienda

Como hemos visto, y también con las salvedades indicadas, el crédito hipotecario en la parte no satisfecha del mismo con la ejecución hipotecaria vendrá clasificado como ordinario, con lo que es en principio posible su exoneración.

Normalmente este concurso se tramitará como concurso consecutivo, tras haber intentado el deudor el acuerdo extrajudicial de pagos. Como también suele ser usual, el deudor no tendrá más bienes que liquidar que el bien hipotecado subastado, por lo que se intentará para no incurrir en más gastos la tramitación como **concurso exprés** (art. 472 TRLC), aquel en que en el auto que se declara el concurso se acuerda su finalización y nombramiento de administrador concursal con el único objeto de liquidar los bienes del concursado (normalmente el mediador concursal). Ya hemos indicado anteriormente los inconvenientes de esta posibilidad y la postura contraria de la jurisprudencia mayoritaria que insiste en la tramitación del concurso a los efectos de reconocer o denegar el BEPI.

Se trata de una hipótesis relativamente frecuente en la práctica procesal, aquellos supuestos en que, tras la ejecución hipotecaria, no alcanzando el producto obtenido con la subasta del bien para saldar la deuda, sobre el remanente de deuda se insta por el deudor persona natural el concurso y tras la liquidación de sus bienes, usualmente no cuenta el deudor con más bienes que el bien hipotecado, solicita el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Cuando tras el intento del acuerdo extrajudicial se produce el concurso consecutivo el mediador concursal deberá emitir el informe a que se refiere el art. 706, es decir pronunciarse sobre si procede la concesión del BEPI, o alternativamente la apertura de la sección de calificación, por haber indicios de que el concurso será calificado como culpable. Igualmente, los acreedores dentro del plazo para formular alegaciones al plan de liquidación podrán solicitar la apertura de la sección de calificación (art. 719.1). Cuando el concurso viniere calificado como fortuito, o simplemente, a la vista del informe del mediador concursal, no se hubiere abierto la sección de calificación, si el deudor reúne el resto de los presupuestos subjetivos y objetivos, en el auto de conclusión del concurso se declarará la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 719.2).

En una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, en que tras la subasta de la misma cuando el precio obtenido no alcance a la satisfacción del crédito del

acreedor, tratándose de la vivienda habitual, el deudor dispone de una serie de alternativas procesales:

a) Cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida de sueldos o pensiones (art. 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), será del 150 % del salario mínimo interprofesional (art. 1 del Real Decreto ley 8/2011).

b) Por otra parte, puede el deudor hipotecario de la vivienda habitual obtener una quita del remanente de deuda del 35 o del 20% de la deuda, siempre que haga efectiva la deuda subsistente en los cinco o diez años siguientes al decreto de aprobación del remate o adjudicación (art. 579.2 LEC).

c) Finalmente, la vía más expeditiva, la obtención del beneficio de exención del pasivo insatisfecho tras el concurso de acreedores. En el concurso de la persona natural que finalice con la liquidación de todos los bienes del deudor, en la inmensa mayoría de los casos el único bien existente en el patrimonio del deudor es la vivienda habitual, siempre que se trate de deudor de buena fe (concurso fortuito, no condenado por una serie de delitos), y haya satisfecho los créditos privilegiados y contra la masa, el deudor podrá obtener respecto al remanente de deuda no saldado con la ejecución hipotecaria el BEPI.

7. Conclusiones

Tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual el deudor puede acogerse a los beneficios del BEPI si reúne los requisitos para ello, a saber, que se trate de deudor de buena fe y haya abonado los créditos privilegiados y contra la masa. Cuestión extremadamente compleja para los órganos judiciales de instancia es el trámite procesal que haya de darse a los concursos sin masa de las personas físicas y la comprobación de los requisitos para la obtención de BEPI.

La línea mayoritaria en la jurisprudencia, respecto al concurso de la persona natural, suele excluir la posibilidad de declaración y archivo en el mismo auto, debiendo continuarse la tramitación a los efectos de comprobar si se cumplen o no los requisitos para la obtención del citado beneficio.

8. Bibliografía

CABANAS TREJO, R. La incómoda situación de la hipoteca inmobiliaria en el concurso de acreedores. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2012, nº 16299.

GONZÁLEZ SUAREZ, C. La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 15089.

MUÑOZ PAREDES, A. Prosa de la ley o poesía del resultado. De nuevo sobre la exoneración de pasivo. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, nº 11884/2020.

PARRA BAUTISTA, J.R. De la “segunda oportunidad” y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. En: *La Ley*. Madrid: La Ley, 2014, nº 6911.

RAFI I ROIG, F.X. 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. En: *El Derecho*, Sección Tribuna. En Madrid: Lefebvre, 11.05.2015.

VELA TORRES, P.J. Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. En: *La Ley*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017, nº 7146/2017.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.