

ALGUNAS DEFICIENCIAS DE LA LEY CONCURSAL ANTE LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA

Matilde Cuenca Casas

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La Ley Concursal presenta carencias importantes en el tratamiento de la insolvencia de la persona física. En el presente trabajo se analizan algunas de ellas. En particular, se aborda el tratamiento jurídico que se brinda a la vivienda familiar hipotecada, la severidad con que se trata a las personas especialmente relacionadas con el deudor a través de la subordinación automática de los créditos que ostenten con el concursado. Se aborda en último lugar el problema de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, cuya regulación hace prácticamente inútil el procedimiento concursal para resolver los problemas que plantea la insolvencia de persona física en tanto, finalizado el concurso, el deudor sigue respondiendo de la totalidad de su pasivo pendiente

Palabras clave: Concurso de acreedores deudor persona física, créditos subordinados, vivienda familiar, insolvencia.

Abstract: The Insolvency Act suffers some major gaps regulating the insolvency of the person. The present paper discusses some of them. In particular, it addresses the legal treatment given to the family home mortgages and the severity with which "specially related to the debtor people" are treated via the automatic subordination of their credits. Finally, this paper also addresses the conclusion of the insolvency proceeding because of the lack of assets which, as it is actually regulated, turns out to be practically useless to resolve the problems posed by the insolvency of the individual person (given the fact that although the proceeding is ended, the debtor remains liable for all of its outstanding debts).

Keywords: Consumer bankruptcy, subordination credits, mortgage family home.

Sumario.-1.Introducción. El desprecio legislativo hacia la insolvencia de la persona física. 2. La vivienda familiar en la Ley Concursal. En particular, la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar. 3. Las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado. 4. La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos: la ausencia de un expediente de liberación de deudas. 5. Bibliografía citada.

1. Introducción. El desprecio legislativo hacia la insolvencia de la persona física* .

La tantas veces reclamada unidad legal de disciplina en materia de procedimientos de ejecución colectiva se ha consumado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC), siendo de aplicación a todo deudor, ya se trate de persona jurídica o persona física, comerciante o no. Sin embargo, la práctica está poniendo de relieve que tal unidad legal de disciplina es meramente nominal o teórica, pues lo cierto es que las personas físicas no están recurriendo al proceso concursal para resolver los problemas que suscita su insolvencia. Ciertamente, los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística revelan un aumento en el primer trimestre del 2009 de un 200% de los casos de concurso de persona física sin actividad empresarial respecto del mismo trimestre del año anterior¹. De un total de 1558 concursos, 60 lo fueron de personas físicas con actividad empresarial y 200 sin actividad empresarial. Se trata de datos que se han producido en un momento de crisis económica y evidencian la desproporción existente respecto de las empresas societarias. Aunque se hable de un aumento del 200% en el número de particulares que recurren al concurso ello no implica un alto grado de utilización del mismo, pues los niveles absolutos de partida (años 2006, 2007 y 2008) eran despreciables y marginales (en el tercer trimestre del 2007, sólo hubo 23 concursos de particulares). Las cifras en España del concurso de la persona física son ridículas si las comparamos con las que tienen lugar en

* Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, a través del Proyecto SEJ/2007-60719 sobre “Matrimonio y Concurso”. Investigadora principal. Matilde Cuenca Casas. Este trabajo también forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el Prof. Dr. Rams Albesa.

¹<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t38/bme2/t30/p219/10/&file=0906002.px>.

países de nuestro entorno². Ello no hace sino poner de relieve el retraso normativo que presenta España respecto del problema de la insolvencia de los particulares.

Y digo esto porque en ningún caso cabe adjudicar el escaso uso que las personas físicas hacen del proceso concursal al hecho de que es más frecuente la insolvencia de las empresas societarias que la de los particulares. Basta ver el índice de embargos para comprobar que no es así, que en la actualidad hay un millón de familias cuyos miembros no perciben ningún tipo de ingreso y que según el último informe de Consejo General del Poder Judicial, han aumentado un 145,9 % las ejecuciones hipotecarias sobre las viviendas familiares.

Con todo, y teniendo en cuenta los estragos que está produciendo el aumento del paro, no es recomendable a un particular que acuda al proceso concursal. Y no lo es porque la LC es una ley diseñada especialmente para la insolvencia de las empresas. Esta es la realidad. Y es que hay ventajas del proceso de ejecución colectiva que sólo son aplicables a dichas empresas, como por ejemplo, la paralización de ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Otra manifestación de este desfavor a la persona física lo encontramos en el art. 100 LC, referido a la propuesta anticipada de convenio, que prevé la posibilidad de que los límites legales de las proposiciones de quita y espera (mitad del importe de los créditos ordinarios y cinco años) sean superados con autorización del Juez del concurso *“cuando se trate de concursos de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía (...)”* (párrafo segundo del art. 100.1 LC). Es evidente que en esta excepción nunca se encontrará un empresario individual.

Lo peor no es que no se hayan tratado de manera adecuada las especialidades que genera la insolvencia de la persona física, sino que la misma esté peor tratada en el sistema que una empresa societaria. Efectivamente, existe un evidente maltrato jurídico a la persona física, una discriminación negativa pues la LC la trata con un evidente desfavor. Lo cual –insisto– supone un auténtico retraso normativo respecto a países de nuestro entorno.

² Especialmente llamativo es el caso de Alemania, que goza de una regulación específica (§ 304 y ss. de la Ordenanza alemana de Insolvencia de 4 de octubre de 1999) para la insolvencia del consumidor. En este país, de 164.597 casos de insolvencia, 105.000 lo fueron de consumidores. La misma tendencia se observa en Francia (cuya regulación específica se encuentra en artículo L330 y L331 del Código de Consumo) que registró en el último año 173.000 casos. Con todo, Estados Unidos es líder en esta materia: sólo en la última década (1997-2007) el sistema concursal recibió y gestionó más de quince millones de solicitudes. Sobre el estado de la cuestión de la insolvencia del consumidor en estos países SAINT ALARY HOUIN, Corinne, «El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia»; SCHMIDT, Karsten, «El derecho alemán. Una comedia de equivocaciones»; JACOBY, Melissa B., «Perspectivas Empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos», trabajos recogidos en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson–Civitas. Pamplona, 2009 .

A pesar de ello, esta problemática no parece constituir una prioridad para nuestro legislador, que sigue ignorando a la persona física en la reciente reforma de la Ley Concursal³ (Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica) y ello aunque en el Plan E (Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo)⁴ se proponía una reforma de la Ley Concursal cuyos beneficiarios serían “el sistema económico en su conjunto y, en concreto, las empresas con dificultades, los consumidores en situación de sobreendeudamiento y sus acreedores”. Pues bien, de nuevo, los destinatarios de la reforma han sido exclusivamente las empresas, en particular, entre los objetivos de la reforma está el de estimular las operaciones financieras a favor de empresas en dificultades. Los “escudos protectores” recogidos en la disposición adicional cuarta de la LC introducidos en la reforma 2009, que pretenden proteger los acuerdos de refinanciación de la amenaza de la acción rescisoria (art. 71.3 LC), no son en ningún caso aplicables a las personas físicas sin actividad empresarial. Y es que parece que las familias españolas no requieren ningún tipo de refinanciación... A mi juicio, hay un hecho claro: el sistema actualmente vigente favorece la exclusión social del deudor persona física.

No cuestiono ni critico la preocupación del legislador por la insolvencia de las empresas societarias, pues es evidente el impacto que ello tiene sobre el empleo. Lo que me parece censurable es el desprecio legislativo hacia la insolvencia de la persona física, cuya tutela no hay que entender incompatible con la de las sociedades. Son muchas las carencias las que presenta la LC en esta materia, pero por la naturaleza de este trabajo sólo me referiré a algunas de ellas.

2. La vivienda familiar en la Ley Concursal. En particular, la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar.

La vivienda familiar o habitual⁵ constituye en la mayoría de las familias su principal activo y a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo pues, en ocasiones, la deuda hipotecaria mensual llega a absorber el 50% de los ingresos de la familia⁶. Es un dato sociológico

³ Indirectamente la persona física se ha beneficiado de dicha reforma en lo referente a la reducción de costes de publicidad.

⁴ Puede consultarse el texto en www.plane.gob.es.

⁵ Sobre el concepto de vivienda familiar, cfr. mi trabajo *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, en Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 293 y ss. y bibliografía allí citada.

⁶ Y es que en España se ha producido también la denominada “trampa de los dos ingresos (*the two income trap*) explicada por WARREN, E, WARREN, A, *The two income trap: why middle-class mothers and fathers are going broke*, New York, 2003: familias que disfrutan de ingresos generados por los dos cónyuges, asumen una carga de endeudamiento superior a las que sólo perciben un ingreso, lo cual provoca que crisis matrimoniales, paro, elevación de los tipos de interés, tengan un importante impacto en estas economías familiares. Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en

incontestable: el principal problema de las familias españolas es el pago de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, sobre un bien de primera necesidad. Ante una escasa política social en materia de vivienda, el consumidor ha tenido que aceptar el sobreendeudamiento como única manera de acceder a este bien básico. Por ello, la crisis económica está teniendo como resultado que, según el informe anual del Consejo General del Poder Judicial, a nivel nacional, en el tercer trimestre del 2008 hayan aumentado las ejecuciones hipotecarias en un 145,9 % y se prevé que los embargos aumentarán un 194% respecto a 2007.

El problema es de extraordinaria magnitud. Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico carece actualmente de mecanismos adecuados para dar respuesta a un problema social de tanta envergadura como el que estamos viviendo. Actualmente, las especialidades de régimen que presenta de la vivienda familiar se dan cita en el marco de los regímenes económico matrimoniales, dentro del mal llamado régimen económico matrimonial primario, es decir, como norma aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial (art. 1.320 Cc)⁷. No obstante, esta regulación se ha centrado en el establecimiento de restricciones a la libre disposición de la vivienda, a los efectos de evitar que una decisión unilateral del cónyuge propietario pudiera privar a la familia de un bien que satisface una necesidad primaria, como es la del alojamiento. Se trata de evitar que la actuación negligente o maliciosa de uno de los cónyuges pueda privar a la familia del alojamiento que ocupa⁸. De ahí que, como es bien sabido, para la disponer de los derechos sobre la vivienda habitual sea preciso el consentimiento de los dos cónyuges, independientemente de a qué cónyuge corresponda la titularidad jurídico real sobre la misma.

Sin embargo, estas restricciones a la libre disposición de la vivienda habitual con independencia de la titularidad de la misma, común o privativa, justificadas por la necesidad vital de protección del hogar familiar y que conllevan la necesidad del consentimiento de los dos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial, no implican una reducción del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc). La imposibilidad legal de un cónyuge de enajenar la vivienda habitual de la que es titular no extrae dicho elemento patrimonial de la posible agresión por parte de sus acreedores. Por ello, el cónyuge, que no puede individualmente enajenar la vivienda habitual que es de su

Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIÁVILLA, Thomson-Civitas Pamplona, 2009, pp. 63 y ss.

⁷ Una norma semejante al art. 1.320 Cc la encontramos en el art. 8 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón. También en el Derecho Navarro en la Ley 55 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo que aprueba la Compilación de Derecho Civil de Navarra. El Código de Familia de Cataluña de 1998 recoge en su artículo 9 restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar. El artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

⁸ ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, p. 441. CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1.320 Cc», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, núm 582, p. 1434.

propiedad privativa, podría indirectamente provocar su enajenación forzosa como consecuencia del impago de sus deudas⁹. Puede producirse así, una disposición indirecta de los derechos sobre el hogar, ya que el incumplimiento de la obligación contraída determinará su embargo y su posterior subasta, llegándose precisamente al resultado que el legislador pretendió evitar al dispensar la tutela para la vivienda de la familia¹⁰. La vivienda habitual no es, por ende, un bien inembargable, y está sujeta a las normas generales sobre responsabilidad patrimonial¹¹. No existe ningún impedimento al embargo de la vivienda habitual, salvo la notificación del embargo al cónyuge del deudor (art. 144.5 RH) a los efectos de proceder a la anotación preventiva de dicho embargo en el Registro de la Propiedad. El cónyuge del deudor no puede evitar el embargo, salvo que proceda al pago de la deuda pendiente o pruebe la existencia de fraude por parte de su cónyuge que, a través de un endeudamiento premeditado, pretendía lograr una venta forzosa¹².

Y es que excluir a la vivienda habitual de la agresión de los acreedores bloquearía la posibilidad de los cónyuges de obtener crédito, pues aunque la vivienda sea un bien de inequívoca primera necesidad, también constituye normalmente el único valor patrimonial importante de la pareja. Excluido éste de su ámbito de responsabilidad, la falta de garantía patrimonial que tendría el deudor le paralizaría la obtención de recursos y, con ello, el acceso a bienes y servicios. La protección a la vivienda habitual debe encontrar su límite en la salvaguarda de la

⁹ En diversos ordenamientos se han arbitrado mecanismos tendentes a salvaguardar de la agresión de los acreedores determinados bienes, señaladamente la vivienda familiar. En Italia se ha querido proteger especialmente el hogar familiar integrándolo en un patrimonio separado, el denominado *fondo patrimonial*, creado voluntariamente por los cónyuges para atender las necesidades de la familia (art. 167 y ss Código Civil italiano). Este patrimonio garantiza las obligaciones contraídas por los cónyuges para atender estas necesidades. Tales bienes no responden de deudas asumidas por uno solo de los cónyuges no relacionadas con la atención de dichas necesidades familiares. Los bienes pertenecientes a este fondo patrimonial, del que la vivienda familiar es el elemento más importante, sólo pueden ser enajenados por ambos cónyuges y sólo puede ser embargado por las deudas para cuyo destino fue creado o por las contraídas con anterioridad a la constitución del fondo patrimonial. Al respecto, pueden consultarse MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto de Famiglia*, Milano, 1975, p. 94; CENNI, «Il fondo patrimoniale», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo Zatti, vol. 3º. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002, p. 552. Cabe destacar como precedente la Ley Tejana de 1839 sobre el *Homestead*. También en América Latina son numerosos los países que gozan de una legislación protectora del patrimonio familiar. Al respecto puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el “patrimonio familiar inembargable”», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 208 y ss.

¹⁰ ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico...*, cit., p. 441.

¹¹ DE LA CUESTA SÁENZ, J.M., «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial* (actual *Revista Jurídica del Notariado*), 1983, p. 162. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991, p. 491; ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, 452.

¹² Sobre la inaplicación del art. 1.320 Cc al embargo de vivienda familiar cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1995 (R.J. 1995/881) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2000 (R.J. 2000/1100) de 23 de febrero de 2000 (R.J. 2000/1083), y de 29 de febrero de 2000 (R.J. 2000/1091).

capacidad de crédito familiar. En la práctica la vivienda familiar es el soporte de todo el riesgo que generan las relaciones familiares¹³.

La vivienda habitual puede ser objeto de agresión por los acreedores en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva, integrándose en la masa activa, tanto si es privativa del deudor como si es ganancial, pero siempre, en este último caso, que deba responder de las obligaciones del concursado (art. 77 LC), lo cual, sucede siempre dado que los bienes gananciales responden también subsidiariamente por las deudas privativas (art. 1.373 Cc). El carácter de vivienda habitual no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo, claro está, que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda habitual es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de salvaguardar su derecho es el que le brinda el art. 78.4 LC, en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal.

Así mismo, sorprendentemente, el legislador ha tenido presente las especialidades que presentan los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia (arts. 44 y ss del Código de Familia de Cataluña), incluyendo una norma en el art. 78.3 LC que prevé el derecho del cónyuge del concursado a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Se especifica la hipótesis de que uno de tales bienes sea la vivienda habitual del matrimonio para el cual se establecen unos criterios de valoración: el precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico sin que pueda superar el de su valor de mercado¹⁴. Tal regla de valoración beneficia al cónyuge del concursado, regla que no se especifica al tratar de la atribución preferente que se concede al mismo en el caso de que la vivienda familiar tenga carácter ganancial. Llama poderosamente la atención que exista esta discriminación de régimen jurídico en función de cual sea el régimen económico matrimonial. Por otro lado, queda huérfana de regulación y no se concede derecho especial al cónyuge del concursado casado en régimen de separación de bienes cuando la vivienda familiar es de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria (arts. 392 y ss). Así como si se trata de vivienda ganancial o en régimen de separación de bienes afectada por un pacto de sobrevivencia, el cónyuge del concursado puede “rescatarla” antes de que se abra la fase de convenio o de liquidación, si la vivienda no reúne tales caracteres el cónyuge casado en régimen de separación de bienes no puede rescatar (antes de la liquidación) la cuota que sobre la vivienda familiar se ha integrado en la masa activa por corresponder al concursado en régimen de comunidad ordinaria. Se trata de una disfunción, a mi juicio, censurable.

Donde se observa un auténtico trato de desfavor a la insolvencia de la persona física es en el tratamiento jurídico que la LC dispensa a ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, cuestión de indudable trascendencia práctica pues el pago de la hipoteca constituye el

¹³ GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad...*, cit., p. 492.

¹⁴ Sobre este precepto, cfr. mi comentario al art. 78 LC en *Tratado Práctico Concursal*, Vol. I, dirigido por P. Prendes, Thomson- Aranzadi, en prensa.

problema fundamental de las familias, endeudadas a muy largo plazo (se llega a hablar de “*cadena perpetua inmobiliaria*”), por importes cercanos al valor de tasación del inmueble y cuyo coste viene a absorber prácticamente el 50% de los ingresos familiares¹⁵.

Uno de los efectos de la declaración de concurso es la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes del concursado, así como la imposibilidad de que se inicien nuevas ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales (art. 55 LC)¹⁶. El fundamento de esta prohibición de iniciar ejecuciones o apremios es obvio: sin ellas sería ilusoria la satisfacción de los acreedores conforme a la clasificación y preferencias legalmente establecidas en caso de concurso (*par condicio creditorum*)¹⁷. La esencia del proceso concursal es lograr una satisfacción ordenada de los acreedores del deudor insolvente sustituyendo las acciones individuales por un procedimiento colectivo por virtud del cual todos los acreedores puedan cobrar sus créditos en la medida de lo posible. Se trata de evitar que el acreedor que inicia antes la ejecución se beneficie frente al resto de acreedores que, ordenadamente se someten al principio de igualdad de trato.

Sin embargo, y como regla general, la paralización o suspensión no afecta a los acreedores con garantía real (art. 55.4 LC), quienes, en principio, podrán iniciar o continuar la ejecución hipotecaria, pues tienen derecho de ejecución separada dada la naturaleza de la garantía que ostentan sobre los bienes del deudor concursado. El acreedor hipotecario sólo pierde el derecho de ejecución separada cuando se abre la fase de liquidación (art. 57.3 LC). También los acreedores con garantía real quedan fuera de la regla general de la suspensión de devengo de intereses legales o convencionales. El art. 59 LC establece como regla general tal suspensión para todos los acreedores excepto para aquellos que ostenten créditos con garantía real.

Si bien el derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real fue el planteamiento tradicional¹⁸, por el contrario, los

¹⁵ Un análisis de la situación de sobreendeudamiento financiero de las familias se encuentra en el Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito. <http://www.adicae.net/hipotecas/index.asp>

¹⁶ El art. 55 LC excepciona la paralización de acciones individuales cuando se trata de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

¹⁷ BELLIDO, R., «Ejecuciones y apremios (art. 55)», en ROJO, A.-BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp.1031.

¹⁸ En la regulación anterior a la Ley Concursal el derecho de ejecución separada no estaba recogido de manera expresa, si bien era comúnmente admitido por la doctrina y asumido por la práctica sobre la base de los arts. 161, 1379 y 1136 de la LEC 1881. Con todo el derecho de ejecución separada se consagra con carácter general en el art. 568 LEC 2000. Sobre la situación del acreedor hipotecario en el proceso de ejecución colectiva, cfr. CORTÉS, *La posición del acreedor hipotecario en la quiebra*, en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, vol.III, Madrid, 1996, pp. 3513-3529.

textos que sirvieron de base a la vigente Ley Concursal suprimieron tal derecho de ejecución separada¹⁹. Asimismo en el inicial Anteproyecto de Ley Concursal de marzo de 2000 (art. 55) se establecía un sistema por el cual no era posible iniciar la ejecución y se producía la paralización de las actuaciones ya iniciadas desde la declaración de concurso de todas las garantías reales. De hecho, la Exposición de Motivos de la vigente LC se hizo sobre la base del texto del Anteproyecto, y de ahí el desfase que se ha producido entre la Exposición de Motivos y la regulación hoy vigente en la LC en materia de suspensión de ejecución de garantías reales.

La exclusión del derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real se justificó en que la actuación de estos acreedores al margen del concurso altera el normal desarrollo del mismo, impidiendo llegar a soluciones que pudieran resultar más convenientes o beneficiosas para el conjunto de los acreedores²⁰.

Sin embargo, el sistema cambia en el Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 (ALC) en el que se introdujo la distinción entre bienes afectos y no afectos a la actividad empresarial del deudor²¹ y que tiene su reflejo en el art. 56 LC.

En la vigente LC, como regla general se mantiene el derecho de ejecución separada de los acreedores con garantía real, si bien se introduce una excepción en el art. 56 LC que sólo beneficia al deudor empresario y perjudica de manera notable al consumidor, pues en ningún caso la declaración de concurso va a permitir la paralización de la ejecución de hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar²².

Efectivamente, el art. 56 LC prevé la imposibilidad de los acreedores con garantía real de *iniciar* la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando ésta recae sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado. Se trata de una paralización temporal “*hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación*”. Por su parte, el art. 56.2 LC se refiere a la *suspensión de las actuaciones ya iniciadas* de acciones contempladas en el apartado anterior, suspensión que procederá cuando conste en el correspondiente procedimiento la declaración de concurso. Por otro lado, aunque se den los presupuestos para la iniciación o reanudación de la ejecución, la misma deberá contar con la aprobación

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada e integración de la masa», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp 3488-3492.

¹⁹ Artículos 165 y 290 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y artículo 65 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 elaborada por el Profesor Rojo.

²⁰ ALONSO LEDESMA, C., «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, R, Alonso Ureba, A y Pulgar Ezquerra, J, Madrid, 2002, p. 181. ,

²¹ PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», *Actualidad Civil*, nº 20, 2002, p. 678.

²² Y ello a pesar de que una lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal podría hacer pensar que se suprime temporalmente el derecho de ejecución separada de *todos* los acreedores con garantía real.

del juez del concurso cuando pretenda llevarse a cabo durante la tramitación del concurso (art. 57 LC).

Se ha justificado esta excepción a la regla de la ejecución separada en la necesidad de evitar el desmembramiento de la empresa del concursado, de mantener abierta la posibilidad de una explotación de su patrimonio (enajenación unitaria, reestructuración mediante convenio) que maximice el valor del mismo, en beneficio del conjunto de acreedores²³. Se trata de que continúe la actividad empresarial del deudor y la medida es acorde con la finalidad conservativa del concurso²⁴.

Cuando los bienes sobre los que recae la garantía real no son “afectos”, es decir, no entran en la excepción, tal y como sucede con la vivienda habitual del deudor, dado que el art. 56 LC no recoge la norma contenida en el art. 55.5 ALC que aclaraba este extremo²⁵. La disposición final tercera de la LC reformó el art. 568 LEC que actualmente se remite a la LC en cuanto al inicio y suspensión de ejecuciones cuando el deudor ha sido declarado en concurso. Asimismo, la Ley Concursal (disposición final séptima) reformó el art. 127 de la Ley Hipotecaria que se remite a la LC en los casos de declaración de concurso del deudor hipotecario. A la vista de los textos citados, la regla es la no suspensión de la ejecución de la garantía real, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal. Si ésta sólo prevé esta suspensión para bienes “afectos”, para los “no afectos” rige la regla general del art. 55.4 LC (norma que a su vez es excepción respecto de ejecuciones singulares no hipotecarias que sí se paralizan). La regla general para la ejecución de garantía real está en el art. 55.4 LC²⁶ y la excepción para bienes afectos en el art. 56 LC.

Por lo tanto, la conclusión es clara: declarado en concurso el deudor, no hay obstáculo que impida al acreedor hipotecario iniciar la ejecución de la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar, si bien hay que tener presente que no se produce un vencimiento anticipado de la deuda garantizada hasta la apertura de la fase de liquidación (art. 146 y art. 61.3 LC). Si tal ejecución se ha iniciado, la misma no resulta

²³ PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Fernández de la Gándara, Luís y Sánchez Alvarez, Manuel, Madrid, 2004, p. 511, nota 25.

²⁴ PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 2003, p. 1449.

²⁵ Tal supresión fue provocada por la enmienda nº 481 presentada en el congreso por el grupo parlamentario catalán Convergencia i Unió y por la enmienda nº 283 presentada también en el congreso por el grupo parlamentario socialista.

²⁶ En este sentido, CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la ley Concursal*, dirigidos por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004, p. 586: “La regla general, que es la posibilidad de proceder a la ejecución o realización separada de las garantías reales, no se formula de manera expresa en la LC. Sino que se deduce del art. 55.4 LC, que excluye a las garantías reales de la aplicación del art. 55 LC, que contiene la prohibición de iniciar nuevos procesos ejecutivos y de suspender la ejecución de los que estén tramitándose”.

paralizada por el procedimiento concursal. De hecho, esta norma se está aplicando de manera inflexible por los tribunales²⁷.

Lo que cabe cuestionar es la bondad de la medida. Ciertamente es que la vivienda habitual de la familia no constituye soporte ninguno de la actividad económica del deudor (si lo fuera se trataría de un bien afecto) y por lo tanto, la paralización de la hipoteca no aporta beneficios a los acreedores, sino sólo a la familia. Dado que la justificación de la paralización se encontraría en la “comunidad de sacrificios” que impone la finalidad esencialmente conservativa que se encomienda al concurso, si no se trata de bienes afectos al proceso productivo de los que pueda depender la continuación de la actividad empresarial y, por tanto, la conservación, desaparece el fundamento de la paralización de esta ejecución²⁸. Si todo el sistema concursal está construido sobre el principio fundamental de la satisfacción de los acreedores, la solución legal es coherente con el mismo.

Pero lo que cabe cuestionar es si es preciso introducir en la Ley Concursal, otros principios también dignos de tutela, vigentes en nuestro sistema jurídico general. Hay que tener en cuenta el dato sociológico de que la vivienda habitual suele ser el único activo (su ejecución separada puede despatrimonializar al concursado) de importancia de las familias, un activo que constituye, además, un bien de primera necesidad. Principios constitucionales como el derecho a una vivienda digna y la protección de la familia (art. 39 CE) deben también tenerse presentes. Podría suceder que una medida de esta naturaleza que permita la paralización de las ejecuciones hipotecarias cualquiera que sea el bien sobre el que recaigan (tal y como sucedía en los textos que sirvieron de base a la LC) pudiera tener efectos sobre el sistema financiero²⁹ que podría provocar un encarecimiento del coste de los créditos. Sin embargo, se ha magnificado este efecto, porque en cualquier caso no supone pérdida de la garantía sino sólo una suspensión temporal de la ejecución. Como con acierto se ha señalado, lo único excepcional que puede ocurrirles a los acreedores garantizados durante la espera es que los administradores concursales opten por pagarles en los términos del

²⁷ Así, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 (AC 2005/161). En el Auto del mismo Juzgado de 26 de septiembre de 2006 (AC 2007/383) se declaraba en concurso de acreedores a una persona física y a una empresa de su propiedad. Habiéndose iniciado un proceso de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar cuya titularidad correspondía al concursado y a su cónyuge, el concursado pretendía que se procediera a la acumulación de dicho procedimiento ejecutivo con el proceso concursal. El Juez deniega tal acumulación, con base en lo dispuesto en el art. 56 LC citado. El juez del concurso no puede conocer de tal proceso ejecutivo por cuanto la vivienda familiar no está afectada a la actividad empresarial del deudor. “El hecho de que la vivienda familiar haya servido para garantizar el pago de deudas contraídas por el deudor en el ejercicio de su actividad, en ningún caso altera la naturaleza del bien. La finalidad del art. 56, al limitar, siquiera temporalmente, el derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario, no es otra que la de permitir la continuidad del negocio durante la sustanciación del concurso. De ahí que por “bien afecto” haya que entender aquel bien integrado en una unidad productiva o que se sirva de él el deudor para su actividad empresarial” (Fundamento de Derecho Primero).

²⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *El acreedor hipotecario..cit.*, pág. 1449.

²⁹ Advierte de este riesgo PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, p. 1455.

art. 155.2 LC. Pero no se aprecia qué gravamen especial puede significar para los acreedores que les pague uno u otro. En todo caso, lo único que ha supuesto la espera es que se generen intereses, cubiertos en principio por la garantía. Por otro lado, el tiempo de espera es de sólo un año, y es muy dudoso que antes de tal fecha se haya declarado la apertura de la fase de liquidación. Aunque ello ocurriera, los costes de ejecución realmente los va a soportar el concurso³⁰. Por lo tanto, el acreedor no padece tanto por consecuencia de la paralización temporal, habida cuenta de las posibilidades de actuación que tiene la administración concursal de la mano del art. 155 LC.

En definitiva, el sistema legalmente instaurado hace inútil el proceso concursal para la persona física. Excepcionada la regla de la ejecución separada para los acreedores con garantía real sobre “bienes afectos” y no para los demás, se genera una discriminación negativa en contra del deudor consumidor³¹, en suma, de la familia. Como se señala en la Exposición de Motivos (elaborada sobre la base del Anteproyecto) de la Ley Concursal, todos los acreedores deben sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia. Creo que es preciso cohonestar los intereses del sistema financiero con los de las familias que, en ocasiones, se han visto en la tesitura de generarse un sobreendeudamiento hipotecario por consecuencia de las reglas de un mercado inmobiliario altamente especulativo y, también por consecuencia de determinadas actuaciones irresponsables de las entidades financieras, tal y como se está poniendo de relieve en la actualidad. Y es que el objetivo del proceso concursal, que es la satisfacción de los intereses de los acreedores, debiera compatibilizarse con el de evitar la exclusión social del deudor, objetivo presente en legislaciones de nuestro entorno que dotan a la insolvencia del consumidor de un estatuto especial.

En este contexto, hay que tener en cuenta además que la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario, favorece claramente el endeudamiento de los particulares a través de préstamos hipotecarios, por la vía de ampliaciones de hipoteca o por medio de la creación de nuevas modalidades de hipoteca. Pues que sepa el consumidor que el sobreendeudamiento a través de garantía hipotecaria tiene las consecuencias descritas en sede concursal. La imagen del comerciante individual saliendo de la vivienda y llevándose a los niños a vivir a la tienda “porque viene el Banco” ha dejado de ser una escena más propia de película del neorrealismo italiano.

³⁰ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 616 y 618.

³¹ Este aspecto ha sido denunciado por QUINTANA CARLO, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia, t. II, Madrid, 2005, p. 2270. También CARRASCO PERERA, A., *op.cit.*, pág. 616: “es igualmente incongruente que tratándose de un concursado persona física no comerciante (consumidor) las garantías puedan ejecutarse incondicionalmente y que el legislador no haya previsto un régimen dulcificado de ejecución de garantías en casos de sobreendeudamiento, que sirviera para proporcionar a tales deudores un *fresh start* que sería normalmente óptimo para todas las partes en conflicto.

3. Las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.

Otro aspecto donde se deja notar el disfavor con el que la LC trata la insolvencia de la persona física es el relativo a la clasificación de los créditos. Es bien sabido que el deudor insolvente recurre a la familia como vía natural para la solución de sus problemas económicos, bien a través de la concesión de préstamos por parte de los miembros de su familia, bien a través de la concesión de garantías. Pues bien, la LC le cercena esta posibilidad al “sancionar” a aquellos miembros de su familia que le socorrieron, subordinando sus créditos contra el deudor concursado.

El art. 92.5º califica como subordinados los créditos “*de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente (...)*”. El art. 93 califica como tales al “*cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*”. Así mismo, tal condición se extiende a “*los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior*” y también “*a los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*”. Por lo tanto, los créditos que ostenten contra el concursado las personas citadas en el art. 93, “*no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios*” (art. 158 LC)³².

El tratamiento especial que reciben los créditos que ostentan las personas especialmente relacionadas con el deudor no es una novedad de nuestra LC, pues se contempla también en otros ordenamientos, como es el caso del Derecho alemán que dedica los arts 138 y ss de su Ley de Insolvencia (*InsO*) a regular los *nahestehende personen* o sujetos cercanos que son, entre otros, el cónyuge del deudor o pareja de hecho (también cuando la pareja se haya disuelto con posterioridad al acto jurídico o en el año anterior a su realización) y sus parientes o del cónyuge o pareja de hecho en línea ascendente o descendente y hermanos de doble o simple vínculo del deudor o del cónyuge. También el Derecho

³² No es este el único efecto que se deriva del carácter subordinado de los créditos. Los titulares de créditos subordinados no tienen derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122 LC). La espera pactada en convenio empezará a contar cuando hayan sido satisfechos los créditos ordinarios (art. 134 LC). Hay que destacar que el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ha suprimido alguna de las prohibiciones contenidas en el art. 105 LC para la presentación de una propuesta anticipada de convenio y que afectaba a personas especialmente relacionadas con el deudor cuando habían realizado actos dispositivos a título oneroso en condiciones que no fueran las normales de mercado. Sobre las consecuencias del carácter subordinado de los créditos, MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho Concursal, n1 2004, pp. 49 y ss.

norteamericano regula especialidades que plantean las personas especialmente relacionadas con el deudor (*insiders*) en el art. 101.31 USC 11 del *Bankruptcy Code* recientemente reformado por la Ley de 20 de abril de 2005. Respecto del deudor persona física se consideran *insiders* a los parientes del deudor, bien afines o consanguíneos hasta el tercer grado (art. 101.45 USC11).

Con todo, el tratamiento jurídico de los *insiders* difiere en cada ordenamiento, existiendo básicamente dos modelos. En el Derecho alemán la condición de persona especialmente relacionada con el deudor facilita el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa activa, existiendo una presunción de perjuicio patrimonial que favorece la rescindibilidad del acto por el administrador concursal que sólo debe probar que el contrato que se pretende rescindir está celebrado con un sujeto cercano (*nahestehende personen*), así como que tal acto se ha llevado a cabo en el período legal de impugnación³³. El acto es pues rescindible y será objeto de valoración en cada caso concreto. Por su parte, en el Derecho norteamericano, el hecho de que el deudor haya contratado con un *insider* tiene diversos efectos. Entre ellos, se prolonga el plazo para su impugnación a un año anterior a la declaración de bancarrota (a diferencia de los 90 días ordinarios). En tal plazo, los actos realizados por *insiders* pueden ser anulados. Pero entre otros efectos, los créditos de los *insiders* pueden ser objeto de subordinación equitativa (*equitable subordination*)³⁴, lo que viene a significar que el juez puede determinar su subordinación. Ambos modelos tienen un denominador común y es que los efectos no son automáticos, sino que se basan en el análisis de la conducta de cada sujeto en cada hipótesis particular. No basta con ser *insider* para padecer las consecuencias que de tal categoría se deriva, sino que hay un análisis previo, bien del administrador (Alemania) o bien del Juez (USA).

Sin embargo, en España la condición de persona especialmente relacionada con el deudor provoca la subordinación de los créditos que opera de manera automática y al margen de los privilegios especiales o generales que tuviera el acreedor, salvo que se trate de créditos laborales (art. 92.5 LC). Se prescinde de la naturaleza del crédito que tales personas ostenten contra el deudor y tal tratamiento jurídico se sustenta sobre una suerte de presunción *iure et de iure* de fraude: se parte de la base de que la familia es utilizada para defraudar los derechos de los acreedores y de una suerte de corresponsabilidad de la persona especialmente relacionada en la situación de crisis³⁵. La estrecha vinculación entre el deudor y sus familiares hace que éstos estén en condiciones de obtener una precisa información sobre la situación económica de aquél, pudiendo anticipar los efectos de su futura insolvencia e incluso influir en el deudor para que éste lleve a cabo actuaciones que tengan por finalidad beneficiar su posición en el

³³ FERRÉ FALCÓN, J, *Los créditos subordinados*, en Estudios de Derecho Concursal, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2006, p. 328.

³⁴ BAIRD, *The elements of Bankruptcy*, New York, 2001, pp 33 y ss.

³⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, *Comentario al artículo 92 LC*, en *Comentarios a la Ley Concursal* dirigidos por F. Cerdón Moreno, Pamplona, 2004, p. 737.

concurso, perjudicando a la masa de acreedores³⁶. Siendo cierto este riesgo, considero que evitarlo a través de un mecanismo que opera de manera automática y no ofrece cauce procesal alguno para la prueba en contrario³⁷, es a todas luces excesivo.

Se trata de manera idéntica situaciones que pueden ser dispares, lo cual puede generar situaciones injustas³⁸, pues es claro que hay personas que permanentemente tendrán la consideración de “especialmente relacionadas con el deudor”, como es el caso del ascendiente, descendiente o hermanos. Pero cuando se trata del cónyuge o pareja no casada, tal situación puede variar en el tiempo, razón por la que se ha tenido que determinar el ámbito temporal de la concurrencia de la circunstancia legal, extendiéndose a los dos años anteriores a la declaración de concurso. Pues bien, ello provoca que si el concursado se ha divorciado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y en la sentencia que resuelve la crisis matrimonial se ha fijado una pensión compensatoria, la misma tenga la consideración de crédito subordinado. Lo mismo acontece cuando el deudor concursado ha incumplido su deber de pagar la pensión de alimentos a su familia: las pensiones debidas y no pagadas tendrán la consideración de créditos subordinados³⁹. Por el contrario el deber de alimentos generado tras la declaración de concurso, tendrá la consideración de crédito contra la masa sujeto a criterio de vencimiento (art. 154 LC) si reúne los requisitos del art. 47 LC. Por lo mismo si un hijo mayor de edad había reclamado alimentos con base en l art. 250.8º LEC, también tendrá la consideración de crédito subordinado pues no entraría en el art. 47.2 LC⁴⁰, y lo mismo sucederá si el concursado atropella y causa daños a quien fue su mujer durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, la indemnización debida, tendrá la consideración de crédito subordinado, lo cual, a mi juicio, es un auténtico contrasentido y nos conduce a situaciones grotescas, pues no acierto a detectar posible fraude en estas

³⁶ FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados* cit., p. 361.

³⁷ La posibilidad de impugnar la clasificación del crédito como subordinado prevista en el art. 96 LC es inviable cuando concurre en el acreedor la condición de persona especialmente relacionada con el deudor. Sólo cabría atacar este presupuesto subjetivo, sin que sea posible atender a la naturaleza del crédito. Incluso cuando el crédito es hipotecario se produce el efecto de la subordinación. Así, COCA PAYERAS, M., «Las consecuencias derivadas de la titularidad por una persona especialmente relacionada con el concursado, de un crédito hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 307 y ss.

³⁸ Denuncia este extremo, ARIAS VARONA, J., *¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionados con el deudor?*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 2, 2005, p. 336.

³⁹ FERNANDEZ SEIJO, J.M. *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco del procedimiento concursal*, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, dirigido pro J. Tomillo Urbina y coordinado por J. Álvarez Rubio.

⁴⁰ SANTANA, E y SENENT, «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº12, 2007, p. 170.

hipótesis⁴¹. Como mucho, la subordinación de los créditos de que fueran titulares personas especialmente relacionadas con el deudor debería restringirse a los *créditos de origen contractual* y no a cualquier crédito. De esta forma, se solventarían algunas disfunciones que he señalado.

Por otro lado, hay que destacar la referencia que la LC hace en este precepto (art. 93 LC) a las parejas no casadas, y que es la única que se hace en todo el texto legal. No se tienen en cuenta los posibles pactos económicos a que puedan haber llegado los cónyuges para regular su convivencia marital, ni tampoco se ven afectadas por presunciones de fraude cuyo hecho generador es la intimidad de la relación con el deudor concursado, como sucede en la presunción contemplada en el art. 78.1 LC⁴². No obstante, la pareja no casada sólo se tiene en cuenta cuando lo es del concursado y no se extiende la calificación a parejas no casadas de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, cuyos cónyuges, por el contrario, sí son personas especialmente relacionadas con el deudor.

Creo que es preciso resaltar que no existe mecanismo alguno en la LC por virtud del cual el juez del concurso pueda tener conocimiento de la existencia del miembro de la pareja del concursado. Y ello porque así como el art. 6 LC ordena al deudor que solicita la declaración de concurso voluntario que incluya en la memoria si está casado y, en su caso, el régimen económico del matrimonio (requerimiento que deber realizarse también en caso de concurso necesario, art. 21.3 LC), tal requerimiento no se extiende a la situación de convivencia marital. Si además tenemos en cuenta la diversidad legislativa en nuestro territorio nacional respecto a la constitución de la pareja no casada, que sólo precisa de inscripción constitutiva en algunas Comunidades Autónomas⁴³, lo cierto es que es extraordinariamente sencillo “esconder” a esta pareja y evitar las consecuencias que de tal consideración se derivan en el proceso concursal. De nuevo, las parejas no casadas lo son para obtener los beneficios del matrimonio, con elusión de los

⁴¹ Así lo ha puesto de relieve GARRIDO, J.M. «Créditos subordinados» (art 92)», en *Comentario LC* (Rojo/Betrán), t. I, Pamplona, 2004, p.1666, para quien deben quedar excluidos del ámbito de la norma los créditos de las personas especialmente relacionadas que deriven de responsabilidad civil extracontractual, cuyo nacimiento es ajeno por definición a la voluntad del acreedor, deban recibir un tratamiento diferente en función de la existencia o inexistencia de relaciones especiales que mantenga el acreedor con el concursado”. A pesar de que comparto la reflexión del autor citado, creo que no hay base legal para reconducir la hipótesis al art. 91.5 LC cuando la víctima del daño es persona especialmente relacionadas con el concursado. En este sentido, FERRÉ FALCÓN, J, *Los créditos subordinados*, cit., , p. 298.

⁴² Así lo puse de relieve en mi trabajo, *La presunción muciana concursal*, *Anuario de Derecho Concursal*, nº5, 2005, pp147 y ss.

⁴³ Tal es el caso de Madrid (art. 3 de la Ley 1/2001 de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid), País Vasco (Artículo 3.1 LEY 2003\178, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco), Valencia (Art. 1.2 de la Ley 1/2001 de 6 de abril por la que se regulan las uniones de hecho en la Comunidad Autónoma valenciana), Islas Baleares (Artículo 1.2 de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas estables).

inconvenientes⁴⁴. Resulta pues censurable que el legislador no haya regulado con mayor rigor la situación de las uniones no matrimoniales, sobre todo en un contexto jurídico actual en el que se encuentran absolutamente consolidadas.

También me parece censurable que la separación judicial o de hecho no tengan ningún tipo de efectos en cuanto a la subordinación de los créditos⁴⁵. Si la convivencia marital justifica la inclusión de las parejas no casadas, la separación judicial o de hecho debe conducir a la exclusión de los cónyuges, al igual que lo que sucede en el art. 78.1 LC. No se han incluido probablemente por las posibilidades de fraude que, sin embargo, también pueden darse en las parejas no casadas respecto del cese de la convivencia.

Por si la subordinación de los créditos no fuera suficiente, la consideración de “persona especialmente relacionada con el deudor” tiene también consecuencias en el terreno de la acción rescisoria contemplada en el art. 71 LC, cuyo apartado 3.2 establece una presunción de perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Es evidente que el ámbito familiar es más proclive a albergar actuaciones fraudulentas, pero para evitarlas bastaría con presunciones *iuris tantum* y no que el carácter subordinado del crédito no se pueda ni discutir porque se hace depender de circunstancias objetivas. Habría que introducir mecanismos correctores pues la regla, si se me permite la expresión, del “todos café” puede conducir a situaciones injustas y de auténtica indefensión. Ciertamente, basar la subordinación del crédito a reglas de conducta puede ralentizar el proceso concursal, pero este coste me parece menor que asumir como inevitable el que se puedan generar situaciones injustas.

Lo cierto es que ante una situación de insolvencia de una persona natural, la ayuda de la familia suele ser lo habitual. Pues bien, LC le corta la vía natural de solución de sus problemas económicos que es el recurso a la familia⁴⁶.

⁴⁴ Estas cuestiones ya las suscitó en mi trabajo, *Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio*. Revista Jurídica La Ley, año XXVI, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

⁴⁵ Considera FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 375, que los créditos que ostenten los cónyuges separados de hecho no deben considerarse créditos subordinados. Comparto su reflexión como consideración de *lege ferenda*, pero creo que no cabe deducir esta conclusión de la interpretación de la normativa vigente.

⁴⁶ ALONSO LEDESMA, C., «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIÁVILLA, Thomson-Civitas, Pamplona, 2009, pp. 468 y ss. De hecho, la enmienda 511 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), presentada en el Congreso pretendía la supresión del art. 91.5. LC por entender que “socialmente no parece aconsejable disuadir a los familiares de ayudar financieramente al pariente que se encuentra en apuros económicos (...)”. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-115, 2 de diciembre de 2002, p. 290. A pesar de que este aspecto se puso de relieve en la tramitación parlamentaria de la norma, la enmienda fue rechazada.

4. La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos: la ausencia de un expediente de liberación de deudas.

Otro terreno en el que, a mi juicio, la persona física está injustificadamente discriminada respecto de la persona jurídica se refiere a los efectos de la conclusión del concurso a que alude el art. 178 LC, respecto de los créditos no satisfechos en el procedimiento concursal. En él no se acoge ninguno de los dos sistemas actualmente vigentes referentes al expediente de liberación de deudas (*discharge*): “la nueva oportunidad” (o *fresh Start*), típica del Derecho anglosajón, ni el sistema de la condonación de la deuda pendiente (*Restschuldbefreiung*)⁴⁷ propio de la Ley de insolvencia alemana⁴⁸, figuras pensadas para las personas físicas, pues no tiene sentido para las personas jurídicas que se liquidan en el procedimiento de insolvencia, lo que provoca su extinción y con ella la del remanente de la deuda pendiente.

Por el contrario, cuando de persona física se trata, el deudor concursado continúa respondiendo de la parte no satisfecha en el procedimiento concursal. No se admite la liberación de deudas, siendo en este punto igual tratado el deudor honesto, de buena fe, que el que no lo es. Ello a pesar de que se presentaron enmiendas tendentes a mitigar este efecto⁴⁹. Sólo si el concurso concluye con la aprobación de un convenio (anticipado o no), cabe una liberación de deudas dentro de los límites que para la quita establece el art. 100 LC en el caso de cumplimiento íntegro del convenio (art. 136 LC). Pero no existe mecanismo liberatorio si el concurso concluye en liquidación.

A diferencia de lo que sucede con la persona jurídica, si se trata de deudor persona física, dado que ésta, perdónese la obviedad, no puede “disolverse” (y si se muere, se declarará en concurso la herencia, art. 1.2 LC), es responsable del pago de los créditos restantes (art. 178.2LC), pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares y decretar la

⁴⁷ ZABALETA DÍAZ, «La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, t. I, pp 911 y ss.

⁴⁸ La exoneración de la deuda residual aparece regulada en los párrafos 286 y ss de la Ley de Insolvencia Alemán de 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*). Dispone el párrafo 286 que “*si el deudor es persona física, queda liberado frente a los acreedores de la insolvencia, de conformidad con los párrafos 287 a 303, de las obligaciones no cumplidas en el procedimiento de insolvencia*”. No todo deudor puede beneficiarse de la liberación de deudas, pues el párrafo 290 establece determinados supuestos en que la misma no puede decretarse. Se trata de casos que evidencian una conducta desordenada del deudor que ponen de manifiesto su mala fe. Cfr. también el Derecho portugués: arts. 235 y ss del Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de 18 de marzo de 2004 que introducen la exoneración del pasivo restante

⁴⁹ Así, las enmiendas número 560 y 561 presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán pretendieron “*introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, un fresh start*”.

reapertura del concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del mismo (art. 179 LC). En este punto, todo en aplicación escrupulosa del principio de responsabilidad patrimonial del art. 1911 Cc. El concursado individual no puede exonerarse de la responsabilidad por las deudas insatisfechas⁵⁰, a pesar de que su insolvencia sea de buena fe (no culpable) y no le alcanza el beneficio habitual de las personas jurídicas que se extinguen y cancelan. Se produce el fenómeno que la doctrina alemana denominó “torre del deudor” (*Schuldturn*), expresión con la que se declara que el deudor queda de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna⁵¹. Esta circunstancia hace poco atractivo el proceso concursal para la resolución del problema de la insolvencia de la persona física. Concluido el proceso sin convenio (poco estimulado pues si el mismo no se alcanza, el acreedor no pierde ninguna garantía de su crédito), la situación del deudor concursado es la misma que al iniciar el mismo, pues sigue pesando sobre él todo su pasivo, sin posibilidad alguna de recuperación, habida cuenta del prolongado plazo de prescripción de las acciones.

Excepcionar el principio de responsabilidad patrimonial universal, pilar de nuestro derecho patrimonial, en determinadas hipótesis es una decisión que, sin duda, debe tomarse con prudencia, pues conlleva riesgos evidentes de abuso por parte de los consumidores y aparentemente puede encarecer y ralentizar la concesión de crédito. Sin embargo, la adopción de un sistema de liberación de deudas para los casos de sobreendeudamiento pasivo en los que la insolvencia no viene provocada por una mala gestión del deudor o por un sobreendeudamiento caprichos, sino por la “mala suerte” (enfermedades, paro..), por circunstancias que no puede controlar, además de constituir una medida que socializa el riesgo, puede estimular la concesión de crédito responsable⁵², así como la colaboración efectiva de los acreedores en la búsqueda de una solución convencional a la insolvencia del deudor⁵³.

⁵⁰ Cfr. RUBIO VICENTE, P. J. *A vueltas con las exoneración del pasivo restante en el concurso*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº6, 2007, pp. 134 y ss.

⁵¹ SCHMIDT, K., «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán, La Ley de Insolvencia de 1994 (InsO)». Traducción al español supervisada por Juana Pulgar Ezquerro. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, dirigidos por García Villaverde. A. Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002, p. 36.

⁵² La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo introduce en su art. 8 la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor con base no sólo en la información aportada por éste, sino también en la proporcionada por bases de datos centralizadas a que se refiere el art. 9 de la Directiva. El incumplimiento de tal obligación por parte del prestamista será sancionado (art. 23), por lo que la transposición de la norma comunitaria provocará que en España se tipifique la concesión abusiva de crédito. Cfr. PULGAR EZQUERRA, J., «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas. Pamplona, 2009, pp. 95. Sobre la concesión abusiva de crédito y su tipificación en otros ordenamientos,

En definitiva, con estas líneas sólo pretendo poner de manifiesto la necesidad de un tratamiento jurídico adecuado de la insolvencia de la persona física que tenga en cuenta las especialidades de régimen que plantea y termine con las discriminaciones negativas actualmente vigentes. España presenta en este terreno un lamentable retraso normativo respecto de los países de nuestro entorno, que debe ser superado urgentemente.

5. Bibliografía citada.

- ALONSO LEDESMA, C.,

- «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigidos por García Villaverde, R, Alonso Ureba, A y Pulgar Ezquerro, J, Madrid, 2002, p. 181.

- «Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Propuestas de regulación en el procedimiento concursal», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIIVILLA, Thomson-Civitas, Pamplona, 2009, pp. 468 y ss.

- ARIAS VARONA, J, *¿Cuál es la posición de los titulares de créditos garantizados por sujetos especialmente relacionados con el deudor?*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 2, 2005, p. 336

- CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la ley Concursal*, dirigidos por R. Bercovitz, vol. I, Madrid, 2004, p. 586.

- COCA PAYERAS, M., «Las consecuencias derivadas de la titularidad por una persona especialmente relacionada con el concursado, de un crédito hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 307 y ss.

- CUENA CASAS, M:

- *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, en *Estudios de Derecho concursal* dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

- Comentario al art. 78 LC en *Tratado Práctico Concursal*, vol. I, dirigido por P. Prendes, Thomson- Aranzadi, en prensa.

- *La presunción muciana concursal*, *Anuario de Derecho Concursal*, nº5, 2005, pp147 y ss.

RUBIO VICENTE, P.J. «Concesión abusiva de crédito y concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 8, 2008, pp. 248 y ss.

⁵³ RUBIO VICENTE, P.J., *A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 6, 2007, p. 136.

- *Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio*. Revista Jurídica La Ley, año XXVI, nº 6210, 15 de marzo de 2005.

- BAIRD, *The elements of Bankruptcy*, New York, 2001, pp 33 y ss.

- BELLIDO, R., «Ejecuciones y apremios (art. 55)», en ROJO, A.-BELTRÁN, E. *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp.1031.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada e integración de la masa», en *Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp 3488-3492.

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1.320 Cc», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, núm 582, p. 1434.

- CENNI, «Il fondo patrimoniale», en *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da Paolo Zatti, vol. 3º. *Régime Patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002.

- DE LA CUESTA SÁENZ, J.M., «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial* (actual *Revista Jurídica del Notariado*), 1983, p. 162.

- FERRÉ FALCÓN, J, *Los créditos subordinados*, en Estudios de Derecho Concursal, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, Madrid, 2006.

- ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, p. 441.

- FERNÁNDEZ DOMINGO, «Una propuesta sobre el “patrimonio familiar inembargable”», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 208 y ss.

- FERNANDEZ SEIJO, J.M. *Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco del procedimiento concursal*, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, dirigido pro J. Tomillo Urbina y coordinado por J. Álvarez Rubio.

- GARRIDO, J.M. «Créditos subordinados” (art 92)», en *Comentario LC* (Rojo/Betrán), t. I, Pamplona, 2004, p.1666.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Madrid, 1991, p. 49.

- MACRI, «Fondo patrimoniale», en *Il nuovo Diritto de Famiglia*, Milano, 1975, p. 94.

- MONTES, V., *El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal*, Anuario de Derecho Concursal, n1 2004, pp. 49 y ss.

- PANTALEÓN PRIETO, F., «De la clasificación de los créditos», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por Fernández de la Gándara, Luís y Sánchez Alvarez, Manuel, Madrid, 2004, p. 511, nota 25.

- PULGAR EZQUERRA, J.,:

- «El presupuesto objetivo en la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas Pamplona, 2009, pp. 63 y ss.

- «El acreedor hipotecario en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», *Actualidad Civil*, nº 20, 2002, p. 678.

- QUINTANA CARLO, *El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley Concursal*, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a M. Olivencia, t. II, Madrid, 2005, p. 2270.

- RUBIO VICENTE, P. J. *A vueltas con las exoneración del pasivo restante en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº6, 2007, pp. 134 y ss.

- SCHMIDT, K., «Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán, La Ley de Insolvencia de 1994 (InsO)». Traducción al español supervisada por Juana Pulgar Ezquerro. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, dirigidos por García Villaverde. A. Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002, p. 36.

- SANTANA, E y SENENT, «Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº12, 2007, p. 170.

- ZABALETA DÍAZ, «La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán», AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, t. I, pp 911 y ss.

;