

# LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: DUDAS Y PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN<sup>1</sup>

MATILDE CUENA CASAS  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Complutense  
Coeditora blog Fundación Hay Derecho

Revistas@justel.com

*Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of  
Insolvency & Restructuring 15/2025*

**RESUMEN:** Se plantean en el presente trabajo algunos problemas de interpretación que está suscitando la aplicación práctica del régimen legal de la exoneración del pasivo insatisfecho. En particular, se analiza en qué supuestos cabe entender que el deudor se ha endeudado de manera irresponsable y la respuesta judicial que está recibiendo el fenómeno que en algunos casos priva de aplicación a la normativa vigente. También se hace referencia a la problemática que suscita la liquidación concursal de la cuota de un inmueble hipotecado, la compatibilidad del principio de indivisibilidad de la hipoteca con el de cancelación de cargas previsto en el artículo 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Por último, se plantean los distintos escenarios que pueden tener lugar cuando el deudor concursado tiene ingresos recurrentes, valorándose las resoluciones judiciales dictadas al respecto.

**PALABRAS CLAVE:** Exoneración del pasivo insatisfecho, hipoteca, nómina, plan de pagos, Vivienda familiar.

## **REGULATIONS ON THE DISCHARGE OF DEBTS FOR INSOLVENT INDIVIDUALS: CONCERNS AND INTERPRETATION PROPOSALS**

**ABSTRACT:** This paper deals with some interpretation problems that arise from the practical application of the legal regime of exoneration of unsatisfied liabilities. In particular, it is analyzed in which cases it can be understood that the debtor has indebted himself in an irresponsible manner and the judicial response that the phenomenon is receiving, which in some circumstances deprives the application of the current regulations. Reference is also made to the problems raised by the bankruptcy liquidation of the quota of a mortgaged property, the compatibility of the principle of indivisibility of the mortgage with that of the cancellation of charges provided for in article 225 of the Consolidated Text of the Bankruptcy Law. Finally, the different situations that may arise when the insolvent debtor has recurring income are discussed, and the judicial decisions handed down in this respect are assessed.

**KEYWORDS:** Discharge, mortgage, family home, payroll, payment plan.

**TABLA DE CONTENIDOS:** I. LA INJUSTA DEMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD O EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: EL SOBREENDEUDAMIENTO EN SÍ MISMO NO ES CULPOSO. II. LIQUIDACIÓN CON-

---

<sup>1</sup> El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D "La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).

CURSAL DE CUOTA SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO E INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA. 1. Descripción del supuesto: vivienda común hipotecada y concurso de uno de los cónyuges. 2. Régimen general de la enajenación de finca hipotecada en el proceso concursal. 3. La enajenación de la cuota sobre inmueble hipotecado en el concurso. El principio de indivisibilidad de la hipoteca. 4. La tesis de la extinción de la garantía por excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca. Alcance del art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal. 5. En particular, el Auto 365/2024 de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2024. III. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL DEUDOR CON NÓMINA. 1. El salario como activo del concursado. 2. ¿Puede “obligarse” al deudor con nómina o “ingresos recurrentes” a acudir al itinerario del plan de pagos para obtener la exoneración? 3. Concursado con ingresos recurrentes y concurso sin masa. 4. Conclusión del concurso por liquidación y obtención de la exoneración cuando el deudor tiene unos ingresos recurrentes (salario o pensión).

## **I. LA INJUSTA “DEMONIZACIÓN” DEL RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD O EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: EL SOBREENDEUDAMIENTO EN SÍ MISMO NO ES CULPOSO**

Han transcurrido poco más de dos años desde la aprobación de la reforma del Texto Refundido de la Ley concursal, operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre para la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de reestructuración e insolvencia (en adelante, DRI) y es tiempo suficiente para que se evidencien específicos problemas de interpretación que ya han recibido respuesta en resoluciones judiciales. La aplicación práctica de una regulación muchas veces es compleja muestra los fallos de la norma.

Es común y frecuente la discrepante interpretación judicial de la normativa concursal, hasta el punto de que para paliarla se han aprobado criterios judiciales de interpretación fruto de reuniones de magistrados<sup>2</sup>, criterios que difieren en función del lugar en el que se “aprueban”. Uno de los extremos más relevantes afecta al “core” de la exoneración del pasivo insatisfecho, concretamente a su finalidad. El objetivo de un régimen de insolvencia personal es recuperar al deudor que era solvente cuando se endeudó y deja de serlo por circunstancias sobrevenidas adversas (sobreendeudamiento pasivo), se pretende proteger al deudor “honesto pero desafortunado”. Se trata de no exigir más de lo que puede ser razonablemente asumido por los sujetos que son víctimas de la volatilidad económica y de otros peligros comunes de la vida<sup>3</sup>. No se quiere perseguir el endeudamiento como algo patoló-

<sup>2</sup> “Acuerdos de unificación de criterios en Derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona”. Diciembre 2023. <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/Acords-dunificacio-de-criteris-en-Dret-Concursal-dels-Jutjats-Mercantils-de-Barcelona.pdf> “Conclusiones del Encuentro de la Jurisdicción Mercantil en Córdoba” (octubre 2024) <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/En-Portada/Conclusiones-del-Encuentro-de-la-Jurisdiccion-Mercantil-en-Cordoba>

<sup>3</sup> Así lo dispone el informe del BANCO MUNDIAL, “Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons. © World Bank, Washington, DC. <http://hdl.handle.net/10986/17606>. Puede consultarse la versión traducida por J.M. Garrido “El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”, Nota introductoria y

gico, sino partiendo de que el mismo forma parte del funcionamiento normal de cualquier economía doméstica (en un sistema de salarios bajos el acceso a bienes y servicios en muchos casos exige un grado de endeudamiento), se protege al deudor frente a acontecimientos adversos que provocan un desajuste entre los ingresos y el pago de la deuda por consecuencia de una incidencia vital (desempleo, enfermedad, divorcio, interrupción de ingresos o aparición de gastos inesperados. Esta es la finalidad de la institución de la exoneración de deudas o del régimen de segunda oportunidad. Poco importa la finalidad del endeudamiento del concursado ya que no se trata de restringir la exoneración al deudor en caso de endeudamiento de necesidad según el criterio personal del juez. Nada de eso. La clave es por qué deviene en estado de insolvencia. Esa es la variable que hay que analizar cuando se plantea la exoneración, sin olvidar que es una medida paliativa del sobreendeudamiento y, por lo tanto, este va a existir siempre.

Me parece importante destacar la finalidad de la exoneración del pasivo insatisfecho cuando se valora su aplicación práctica y su eventual ajuste al criterio legal de interpretación teleológica previsto en el art. 3 CC. Y ello porque creo que se están haciendo interpretaciones contrarias a dicha finalidad hasta tal punto que podrían provocar que esta regulación no se aplicara nunca. De hecho, hay foros donde directamente la norma no opera porque se considera que el mero sobreendeudamiento en sí mismo es culposo. O bien se considera culpable el concurso del deudor por el hecho de estar excesivamente sobreendeudado o bien se deniega de oficio la exoneración, sin oposición del acreedor con base en el criterio previsto en el art. 487.1.6.º Texto Refundido de la Ley Concursal que veta el acceso a la exoneración al concursado cuando ha existido endeudamiento irresponsable. Veamos algunos ejemplos.

Una muestra paradigmática es la consolidada doctrina de la Audiencia Provincial de León que exige que el sobreendeudamiento que provoca finalmente la insolvencia “debe estar justificado”. De no estarlo se declara ni más ni menos que el concurso culpable, de forma que se impide la exoneración de cualquier tipo de deuda (art. 487.13.º Texto Refundido de la Ley Concursal). Exigen que el deudor pase un “test de ejemplaridad”<sup>4</sup>. En un caso en el que la deudora concursada contaba con unos ingresos de 1.275 euros (en los que se computa nómina, pensión de alimentos, ayuda por familia numerosa y ayuda familiar) y unos gastos de 1.274,66 euros. Sobrevenido el divorcio asume la custodia de los tres hijos menores, recurrió a la financiación externa acumulando una deuda con entidades financieras que ascendió a 120.918 euros. El juzgado de instancia deniega la exoneración por conside-

---

versión traducida por José María Garrido en ADCo n.º 31, enero-abril 2014 párrafo n.º115. Se trata de un informe completo y muy útil que está sirviendo de directriz para los Estados que quiere regular la insolvencia de la persona física. Se analizan los pros y contras de las distintas opciones regulatorias y se aclara la finalidad que cumple todo régimen de insolvencia de persona natural.

<sup>4</sup> Término que gráficamente describe el fenómeno y es utilizado por FUENTES BUJALAN-CE, A., «El sistema de segunda oportunidad: ¿un problema de ejemplaridad?», *Revista Comunicativa*, N.º 19, pp. 39-41, disponible en [https://cuniep.es/revistacomunica/wp-content/uploads/sites/3/2023/07/REVISTA\\_COMUNICA\\_web\\_019.pdf](https://cuniep.es/revistacomunica/wp-content/uploads/sites/3/2023/07/REVISTA_COMUNICA_web_019.pdf).

rar culpable el concurso, resolución confirmada por la Audiencia provincial de León<sup>5</sup> con el siguiente argumento:

*“Que la deudora ha venido disponiendo de ingresos suficientes para la atención de sus necesidades ordinarias, y no acredita que el sobreendeudamiento que desencadena la situación de insolvencia se deba a una causa justificada, sino que, pese a contar con ingresos suficientes ha solicitado préstamos cuya restitución no podía asumir con aquellos, lo que impide valorar adecuadamente su responsabilidad en la generación de tal pasivo, de suerte que al no ofrecer una explicación adecuada ni justificar debidamente las razones de su endeudamiento, pese a partir con unos ingresos regulares suficientes para la atención de sus necesidades corrientes y sus obligaciones ordinarias, y dado que únicamente la concursada dispone de acceso a la documentación precisa para la acreditación de las circunstancias que condujeron a su endeudamiento, lo que desplaza sobre ella la carga de acreditarlas conforme a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria consagrados en el artículo 217.7 de la LEC, solo puede concluirse que la situación de insolvencia se generó por causa directamente imputable a una grave falta de diligencia en la administración de su patrimonio, lo que le sitúa de manera indefectible en el supuesto genérico de calificación culpable previsto en el artículo 442 del Texto Refundido de la Ley Concursal”.*

Así, en el mismo sentido, dispone la sentencia de la AP de León 189/2024 de 7 Mar. 2024, Rec. 628/2023 que *“es al concursado a la que incumbe acreditar la razón de acudir al endeudamiento, justificando a qué destinó el dinero obtenido, pues es quien lo solicitó y por su personal intervención debe conocer la aplicación del mismo. En esta situación los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba, sobre la parte que tiene más facilidad para su aportación o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente de prueba. Quien recurre a financiación externa debe explicar por qué y para qué se solicitó y justificar el destino del capital concedido a crédito; si los ingresos ordinarios son en principio suficientes para atender a las necesidades personales, el recurso a la financiación ajena, a cuyo pago no se puede atender, constituye una falta de diligencia grave cuando, como ocurre en este caso, el concursado obtiene unos ingresos mensuales regulares y suficientes, y se endeuda de manera desproporcionada con arreglo a sus recursos y sin probar la necesidad de hacerlo, dado que nada se justifica”.*

La ausencia de acreditación de la finalidad de los créditos conduce ni más ni menos que a la calificación del concurso culpable y con ella a la denegación de la exoneración. Si los ingresos del concursado son suficientes para cubrir sus necesidades básicas el deudor debe justificar su endeuda-

<sup>5</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de León 108/2023, de 13 de febrero. Id. Cendoj: 24089370012023100148.

miento y será el tribunal el que decida según su personal criterio si le parecen “adecuadas” o no los gastos hechos con tal endeudamiento. En suma, el mero sobreendeudamiento que es para lo que se solicita la exoneración lleva a la consideración de culpable el concurso salvo que se justifique<sup>6</sup>.

A mi juicio y con todos los respetos que merece la actividad jurisdiccional, esta doctrina prescinde del objetivo y finalidad del instituto de la exoneración del pasivo insatisfecho al que he hecho referencia. Para analizar la generación gravemente negligente de la situación de insolvencia a la que se refiere el art. 442 Texto Refundido de la Ley Concursal en sede de concurso culpable no hace falta entrar en la justificación del sobreendeudamiento y en los concretos usos que se da al importe adeudado. Endeudarse de manera irresponsable es carecer de capacidad de reembolso cuando se contrae la deuda, al margen de la finalidad del endeudamiento. El concepto de endeudamiento irresponsable es el mismo tanto en el ámbito del concurso culpable (generación o agravación de la insolvencia) como en el del art. 487.1.6.º Texto Refundido de la Ley Concursal. Ninguna norma prevé la justificación del sobreendeudamiento ni la acreditación de su finalidad. Exigir este test de ejemplaridad respecto de la justificación del endeudamiento, además de ser intrusivo en la privacidad del deudor, va en contra de la finalidad de la institución de la exoneración que no se aplica al endeudamiento con arreglo a determinadas finalidades. Esta interpretación es contraria al tenor literal y a la finalidad de la norma (criterio teleológico) y su generalización introduce criterios personales del juzgador y demoniza el sobreendeudamiento que es lo que la exoneración trata precisamente de paliar.

Se prescinde además de los nuevos principios implantados por la Ley 16/2022 derivados de la DRI que establecen que la exoneración es un derecho. En la última resolución citada se señala que *“no se debe olvidar que, la finalidad del concurso de persona natural es la liquidación de su patrimonio para el pago de las deudas, no la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 484 Texto Refundido de la Ley Concursal). Y, para resolver sobre este hemos de partir de que la regla general es la responsabilidad patrimonial universal (art.1911 del Código Civil y art. 484.2 TR LC), y la excepción es la exoneración del pasivo insatisfecho, que solo puede tener lugar si concurren*

---

<sup>6</sup> Esta doctrina se repite como si se usara una plantilla en prácticamente todas las resoluciones de la Audiencia Provincial de León, lugar donde podemos decir que no existe un régimen de segunda oportunidad. Cfr. Sentencias de la AP León 351/2023 de 28 de marzo de 2023, Id Cendoj: 2408937001202310018. Sentencia de la AP León 20 de octubre de 2023, Id. Cendoj: 24089370012023100581. *“Quien recurre a financiación externa debe explicar por qué y para qué se solicitó y justificar el destino del capital concedido a crédito; si los ingresos ordinarios son en principio suficientes para atender a las necesidades personales, el recurso a la financiación ajena, a cuyo pago no se puede atender, constituye una falta de diligencia grave cuando el concursado obtiene unos ingresos mensuales regulares y suficientes, y se endeuda de manera desproporcionada con arreglo a sus recursos (...). Es pues, la ausencia de acreditación del destino del crédito obtenido y de las causas de justificación, lo que conduce a la calificación culpable del concurso, a la vista del sobreendeudamiento generado sin correspondencia con una contratación de financiación razonablemente planificada para atender al pago de las deudas o con necesidades personales y familiares perentorias y básicas”.* Sentencia AP León Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, Sentencia 639/2023 de 8 de noviembre 2023. Id Cendoj:24089370012023100637.

*los supuestos previstos en los arts. 487 y 488 Texto Refundido de la Ley Concursal y, en particular, que el concurso no haya sido declarado culpable. Por lo tanto, la posibilidad de exoneración por sobreendeudamiento no condiciona la calificación del concurso, todo lo contrario, es consecuencia de ella: la exoneración está condicionada por la calificación del concurso como fortuito (art. 487.2.1.º Texto Refundido de la Ley Concursal).*

Resulta tremendo leer afirmaciones que como esta: “la calificación del concurso como culpable se funda en una conducta típica encuadrada en el art. 442 Texto Refundido de la Ley Concursal: *generación de la insolvencia por culpa grave del deudor. Y la justificación es el excesivo endeudamiento por parte del concursado*”. (Sentencia de la AP León 20 de octubre de 2023)<sup>7</sup>. El concursado justifica la causa de la insolvencia que es la que debe ser fortuita y para este tribunal debe justificarse el endeudamiento privando de la exoneración a personas que lo merecen y para los que está pensada la norma<sup>8</sup>. Es decir, según estas resoluciones el sobreendeudamiento en sí mismo es culposo. De esta forma se aniquila la institución de la exoneración que no se aplicaría nunca pues siempre el deudor llega sobreendeudado. Y no basta con la valoración de la solvencia que en el momento de la concesión del préstamo realiza el prestamista. Esta, a mi juicio, errónea doctrina obliga al concursado a pasar por otro filtro ante del juez del concurso que valora según su propio criterio con absoluto arbitrio judicial si le parece o no justificado el endeudamiento.

Pienso que esta tesis no se puede en ningún caso mantener con base en la *interpretación* de la norma. Se está haciendo directamente una *corrección* que restringe injustificadamente la aplicación del instituto de la exoneración del pasivo en contra del mandato de la DRI que configura la exoneración como un derecho. Se trata de una injustificada interpretación restrictiva.

Lo grave es que la doctrina emanada de estas resoluciones ha sido mantenida en otros foros<sup>9</sup>. Destaca la sentencia de la Audiencia Provincial

<sup>7</sup> Id. Cendoj: 24089370012023100581 El recurrente alega que desde el año 2013 se encuentra diagnosticado de un trastorno delirante de la personalidad, con ingresos reiterados en la unidad de agudos durante los años 2013 y 2015. Añade la minusvalía reconocida, el aumento de las cargas familiares por la situación de desempleo de su cónyuge durante parte del período, del 15-12-2018 al 19-09-2019, y durante los años 2020 y 2021. Se afirma que el trastorno mental constituye un supuesto de fuerza mayor o, en su defecto, caso fortuito conforme a lo dispuesto en el art. 1.105CC”. Se deniega la exoneración porque no se justifica el endeudamiento.

<sup>8</sup> También considera que el deudor no debe justificar su sobreendeudamiento GARCÍA OREJUDO, R. N., y RAFÍ ROIG, F. X., *La exoneración del pasivo insatisfecho. Actualizado tras la Ley 16/2022*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, p. 621.

<sup>9</sup> Auto del Juzgado Mercantil n.º 2 de Zaragoza de 22 de febrero de 2023. En un caso de concurso sin masa en el que los acreedores no solicitan nombramiento de administrador concursal en la línea de lo dispuesto en el art. 37 ter Texto Refundido de la Ley Concursal, el deudor solicita la EPI. Ningún acreedor se opone la solicitud y, sin embargo, el juez unilateralmente la deniega por falta de buena fe porque “no consta a qué obedecen las deudas de los préstamos”. “No puede ser que una persona entre en el sistema porque los acreedores no han actuado. Si no lo han hecho ellos, debe actuar el juez”. “Parece osado la petición de créditos sin que la parte especifique a qué bienes y a qué necesidad objetiva obedecen y que parece que para un ciudadano medio no son imprescindibles y más bien obedecen al capricho propio”.

de Alicante de 19 de julio de 2024<sup>10</sup>. Se recurre la denegación de la exoneración por parte del tribunal de instancia con base en la excepción prevista en el art. 487.1.6.º Texto Refundido de la Ley Concursal al entender que ha existido una conducta temeraria o gravemente negligente de la concursada, *“no sólo rebelde al cumplimiento de sus obligaciones (sin que quedara justificado su nivel de endeudamiento), sino digna de condenas penales y sanciones administrativas por multas de tráfico reiteradas en el tiempo”*. La existencia de sanciones de tráfico y antecedentes penales por tráfico de drogas que no priva del derecho a la exoneración (art. 487.1 Texto Refundido de la Ley Concursal) evidencia una conducta temeraria y negligente en el cumplimiento de sus obligaciones.

Recurrida la resolución, la Audiencia se pronuncia sobre si el deudor concursado se comportó de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones. Considera irrelevantes las multas de tráfico y los antecedentes penales. La concursada percibe una pensión por invalidez permanente que asciende a 1595 euros y un pasivo de 23.739 euros procedente en su mayoría de préstamos con entidades financieras y 3.000 euros por sanciones de tráfico. La Audiencia entiende que acumular multas supone una conducta temeraria. Pero lo que merece ser destacado de esta resolución es la afirmación de que *“si los ingresos permanecen estables, y sin la menor expectativa de aumento, resulta negligente incrementar de manera considerable los compromisos de deuda, al no tener capacidad de reembolso”*. Se parte de la premisa de que se carecía de capacidad de reembolso solo porque incrementa la deuda sin aumentar los ingresos, cosa que por cierto hacemos todos<sup>11</sup>. Efectivamente, hay endeudamiento irresponsable si se es ya consciente en el momento de contraer la deuda de la incapacidad de pago. Pero cuando esto sucede con un prestamista profesional hay que valorar si el prestamista cumplió o no su obligación de evaluar la solvencia por imponerle la normativa de préstamo responsable.

Precisamente a este respecto se señala que *“se ignora si fue practicada la evaluación de la solvencia por los prestamistas, pues el que esté prevista tal evaluación no significa que efectivamente se haya llevado a efecto. Pero es que el dato de que la entidad financiera no actuara correctamente no significa automáticamente que el comportamiento económico del concursado resulte diligente”*.

Se sanciona el recurrir a financiación ajena y se prescinde absolutamente de la conducta del acreedor que cuando es un profesional está obligado

<sup>10</sup> Id Cendoj: 03014370082024100349.

<sup>11</sup> Una muy buena interpretación del art. 487.1.6.º Texto Refundido de la Ley Concursal se hace en Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Donostia-San Sebastián, Sentencia 63/2024 de 28 May. 2024, Proc. 372/2023. Un acreedor se opone a la EP solicitada por el deudor precisamente alegando que “el deudor se ha mantenido dentro de mismo nivel de ingresos, por lo que califica como negligente el endeudamiento que ha adquirido”. Con acierto, responde el juzgador que “dicha circunstancia por sí misma, no convierte la conducta en negligente, ya que precisamente la financiación habitualmente lo es por unos importes superiores a los ingresos anuales, que se pagan en los años sucesivos”. Y es que la responsabilidad de muchos fallos interpretativos tiene su origen en pretensiones injustificadas reclamadas por los profesionales que intervinen en el procedimiento que introducen confusión en el sistema.

legalmente a evaluar la solvencia. Si, por ejemplo, una deudora con unos ingresos de 1.240 euros se endeuda por 120.000 euros ¿no debe la entidad prestamista profesional obligada a evaluar la solvencia asumir alguna responsabilidad?

En sede concursal debe tenerse presente la regulación sobre préstamo responsable emanada de la normativa europea<sup>12</sup> transpuesta en el Derecho español<sup>13</sup>, que impone una regulación sobre la evaluación de la solvencia del prestamista profesional de forma que el préstamo a personas no solventes debe ser objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>14</sup>. El Derecho europeo no dice qué sanciones hay que imponer, sino que basta que reúnan tales características. La razón es clara: prestar a quien no puede devolver el préstamo puede afectar a la estabilidad del sistema financiero, tal y como hemos comprobado con la crisis de 2008. Si ante un deudor sobreendeudado por un acreedor que no ha evaluado la solvencia el juez sanciona al deudor privándole de la exoneración del pasivo, tal y como hacen las resoluciones citadas, se alimenta el préstamo irresponsable porque no sólo no es sancionado el acreedor, sino que al serlo el deudor se beneficia indirectamente este comportamiento reprochable del acreedor. Por eso es tan grave que esta doctrina de los juzgados mercantiles se generalice porque alimenta el préstamo irresponsable y puede poner en riesgo el sistema financiero. Ante un deudor que se endeuda por encima de sus posibilidades y un acreedor que concede financiación sin atender a la capacidad económica del prestatario, la normativa europea “ordena” sancionar al prestamista. Denegar la exoneración es hacer todo lo contrario. De hecho, el Tribunal de Justicia de la UE en sentencia de 5 de marzo de 2020 (Asunto C679/2018) señala que la normativa de préstamo responsable obliga al juez de oficio a comprobar si se ha producido un incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor.

<sup>12</sup> Respecto a crédito inmobiliario, la regulación se contiene en art. 18 Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010. Art. 18 Directiva (UE) 2023/2025 del Parlamento europeo y el Consejo de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo (en adelante, DCC) que deroga la Directiva 2008/48 de crédito al consumo que también regulaba la obligación de evaluar la solvencia en su artículo 14. Para un análisis sobre la obligación de evaluar la solvencia cfr-. CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, Actualidad Civil n.º 9,. También publicado en abierto en el Diario La Ley [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAAE-AFVQwWrDMAz9Gx9HmjWUHHxpcym4o8nCrkO1RWzwbGPZ2fL3U1fYmEAHSU9P76nAjeR-zL0CXCn6IWu677I65FWe43UcxG8zHTTaixAJ-QpL9oRVk4-clrG6B4ml4QpZzriicuaJxYb28YK-jX7IJ2CfyufW86nhk5zA1H27eH\\_U6smlmX5ZtbMBQU1i1WcZYHFyFkba-woFSOCvDp6guYSB-PzxqCQVWd4AkpFqntGD1DwBB6D-dVDCmrQdqyYt0fL\\_zXORqrxH5mAlPw2Rc82f9ApEr-lfr-DAczhBjpXYxfmNhUdqvjkbAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAAE-AFVQwWrDMAz9Gx9HmjWUHHxpcym4o8nCrkO1RWzwbGPZ2fL3U1fYmEAHSU9P76nAjeR-zL0CXCn6IWu677I65FWe43UcxG8zHTTaixAJ-QpL9oRVk4-clrG6B4ml4QpZzriicuaJxYb28YK-jX7IJ2CfyufW86nhk5zA1H27eH_U6smlmX5ZtbMBQU1i1WcZYHFyFkba-woFSOCvDp6guYSB-PzxqCQVWd4AkpFqntGD1DwBB6D-dVDCmrQdqyYt0fL_zXORqrxH5mAlPw2Rc82f9ApEr-lfr-DAczhBjpXYxfmNhUdqvjkbAAA=WKE).

<sup>13</sup> Art. 11 Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Art. 14 Ley 16/2011, de 24 de junio de los contratos de crédito al consumo, art. 18.1 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.

<sup>14</sup> Al igual que ya hiciera la Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, el art. 44 de la reciente Directiva (UE) 2023/2025 de 18 de octubre de 2023 relativa a los contratos de crédito al consumo (DCC)

De hecho, uno de los objetivos y beneficios que tiene un sistema de insolvencia con exoneración del pasivo es precisamente este: evitar el préstamo irresponsable y disciplinar la actuación de los acreedores. Así lo reconoce abiertamente el Banco Mundial<sup>15</sup> en su informe sobre la materia y que ha servido de inspiración a los gobiernos de varios países en la regulación. Es tan relevante y clara su doctrina que merece ser extractada:

Destaca que los beneficios principales que para la sociedad tiene la instauración de un régimen de exoneración del pasivo son los asociados a la *disciplina que se impone a los acreedores, al tener que reconocer la realidad del escaso valor de sus créditos contra los deudores en dificultades, al tener que internalizar los costes de sus propios errores de evaluación crediticia, y al tener que redistribuir los costes de una forma más eficaz y justa entre los miembros de la sociedad que se beneficia de la disponibilidad del crédito*<sup>16</sup>.

*La variedad de efectos negativos de un régimen de la insolvencia representa una serie de costes que están causados, al menos en parte, por una deficiente evaluación del riesgo por parte de los acreedores. Particularmente, en el contexto de los actuales préstamos personales, acompañados de publicidad agresiva y basados en un análisis computerizado del perfil de riesgo del deudor, los acreedores profesionales sofisticados están en una posición mucho mejor que la mayoría de los deudores para gestionar los riesgos inevitables de incumplimiento y sobreendeudamiento. Un régimen de la insolvencia puede alentar a los acreedores a desarrollar un modelo de concesión de crédito más responsable, al concentrar los riesgos de las políticas abiertamente agresivas de concesión de crédito en los propios acreedores.*

Cuando los acreedores conceden préstamos que en última instancia resultan en un impago, soportan una serie de costes, pero también externalizan costes a otros sujetos. Para los acreedores, estos costes representan pérdidas esperadas, y casi bienvenidas, derivadas de un modelo de negocio agresivo de préstamos de alto riesgo y de alta rentabilidad. Incluso las pérdidas más sustanciales pueden ser manejables si el modelo de préstamos agresivos genera beneficios sustanciales y compensatorios, derivados de los deudores que «pueden pagar». Los acreedores pueden reducir el impacto de la laxitud de sus propias decisiones de concesión de crédito incluyendo en sus planes de negocio la proporción de pérdidas previstas como parte del coste de su actividad. Los acreedores pueden planificar y pueden ajustarse a las pérdidas esperadas, lo que reduce los efectos y la incidencia de los impagos.

*Los deudores y la sociedad, por el contrario, pueden ser incapaces de planificar y gestionar de manera efectiva los futuros riesgos de impago. Si*

---

<sup>15</sup> BANCO MUNDIAL, "Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons. © World Bank, Washington, DC. <http://hdl.handle.net/10986/17606>. Puede consultarse la versión traducida por J.M. Garrido "El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en ADCo n.º 31, enero-abril 2014. El informe dedica los párrafos 76-84 y 88-93 al impacto de la exoneración del pasivo en el sistema crediticio y en la actuación de los acreedores.

<sup>16</sup> Párrafo n.º 78.

*bien se podría pensar que los deudores se encuentran en la mejor posición para decidir, simplemente, que no han de tomar préstamos cuando el riesgo de impago es demasiado grande, es más fácil decir esto que hacerlo. Una voluminosa literatura de economía conductual ha revelado que nuestros mecanismos cognitivos no son los ideales para la toma de decisiones en condiciones de incertidumbre. Los deudores sufren de un sesgo hacia un exceso de confianza, que exagera las probabilidades de éxito y subestima el riesgo de impago. Los deudores también descuentan el costo final de un préstamo en mayor medida de lo que descuentan el valor futuro esperado de un bien presente. Estas tendencias son conocidas, y a menudo explotadas, por los acreedores sofisticados. Mientras que los acreedores pueden incluir las pérdidas estadísticamente probables en sus decisiones de inversión y de concesión de crédito, los deudores son prácticamente incapaces de encontrar el punto de equilibrio adecuado en la valoración de riesgos futuros.*

Nada de esto se logra con la discutible doctrina citada que prescinde de la conducta de los acreedores y sanciona al deudor. Como se puede comprobar, es una perspectiva completamente alejada de la finalidad de la institución. De ahí la gravedad de su generalización que puede facilitar la generación de crisis financieras tal y como reconoce el propio Banco Mundial: *“Si el valor de un activo clave, como los créditos, se infla indebidamente, una reacción en cadena de efectos negativos puede desarrollarse muy rápidamente una vez que se descubra la realidad de la situación. Si esto ocurre como resultado de una serie de impagos inesperados de los deudores, los efectos negativos pueden ser inmediatos y muy graves. La crisis de crédito hipotecario que se extendió desde los Estados Unidos a la economía mundial a partir de 2008 ofrece un claro ejemplo de este problema”*.

La interpretación del Derecho concursal exige conocer las reglas básicas de funcionamiento del mercado de crédito. No hacerlo puede provocar consecuencias irreversibles. Es preciso valorar la conducta del acreedor cuando se juzga acerca de la existencia o no de endeudamiento irresponsable del concursado<sup>17</sup>.

Menos mal que esta doctrina que censuro no es generalizada y en otros foros hay que aplaudir la interpretación de la norma. Es destacable la doctrina que se mantiene en el Auto de la Audiencia provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2024<sup>18</sup> la Audiencia Provincial de Barcelona que mantiene un concepto más restrictivo de endeudamiento irresponsable. El juez de instancia deniega la exoneración de la concursada porque la deuda era muy alta (17.000 euros) respecto de sus ingresos. Ningún acreedor se opuso, el juez denegó de oficio por estar sobreendeudada (*sic*). Afortunadamente la Audiencia no asume semejante relato señalando que no basta tener en

<sup>17</sup> También AGUDO GARCÍA, J.A., «Sobreendeudamiento “irresponsable” y culpabilidad en el concurso de persona física». Diario La Ley, N.º10377, 2023 se muestra partidario de valorar la conducta del acreedor. También, FUENTES BUJALANCE, A., «El sistema de segunda oportunidad: ¿un problema de ejemplaridad?», *Revista Comunica*, N.º 19, pp. 39-41, disponible en [https://cuniep.es/revistacomunica/wp-content/uploads/sites/3/2023/07/REVISTA\\_COMUNICA\\_web\\_019.pdf](https://cuniep.es/revistacomunica/wp-content/uploads/sites/3/2023/07/REVISTA_COMUNICA_web_019.pdf).

<sup>18</sup> <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce7ff3a8aca74642a0a8778d75e-36f0d/20250113>

cuenta los ingresos y el montante del pasivo. Hay que valorar las circunstancias del deudor en el momento del endeudamiento y no en el momento de la declaración de concurso. Es negligente el deudor que es consciente de que no puede devolver el préstamo cuando lo contrae, pero su actitud tiene que ser dolosa y gravemente negligente. Denegar la exoneración por negligencia leve “nos llevaría a rechazar todas las solicitudes de exoneración, puesto que la mayoría obedecen a situación de sobreendeudamiento”. Y, sobre todo, —añado yo— cuando el prestamista es profesional hay que comprobar la legalidad de su actuación porque así lo impone la normativa de préstamo responsable.

Sí tiene en cuenta con claridad la conducta del acreedor a la hora de valorar la concurrencia de endeudamiento irresponsable las recientes resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza. Si bien inicialmente este tribunal era partidario de vetar el acceso a la exoneración de deudor sobreendeudado por considerarlo culpable, su doctrina ha evolucionado valorándose la conducta del acreedor. La en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) de 6 de noviembre de 2023) se reconoce que, aunque la normativa concursal no lo prevea de manera expresa, “ha de tenerse en cuenta las normas que imponen al acreedor la obligación de una correcta evaluación del riesgo para la concesión de crédito al deudor”.

Por su parte, en la sentencia n.º 695/2024 de la AP Zaragoza (Secc. 5.ª) de 11 de noviembre de 2024 se analiza un caso en el que el acreedor que evaluó la solvencia se opuso a la obtención de la exoneración alegando que *“realizó la oportuna y preceptiva evaluación del riesgo del préstamo, y tras ello, la concursada empieza una “carrera” para lograr el sobreendeudamiento*”. El resultado de la evaluación fue positivo y no se prueba engaño en la aportación de datos por parte de la concursada. Al respecto señala la Audiencia que “el hecho de contraer más deudas de las que se pueden atender puede ser una conducta insensata o poco recomendable, pero no temeraria o negligente. Se trata de una circunstancia objetiva y objetivable que, de exigirse, haría inoperante el instituto dado que el sobreendeudamiento siempre trae causa de la asunción de deudas que no se pueden pagar”. Efectivamente, si todo sobreendeudamiento por el mero hecho de existir es culposo, la exoneración no se aplicaría nunca.

Destaca la resolución citada la importancia de valorar la conducta del acreedor por más que tal exigencia no aparezca citada en el art. 487.1.6.º Texto Refundido de la Ley Concursal. En el caso de autos el prestamista no pidió información sobre la ratio de endeudamiento de la concursada, aunque sí de sus ingresos y gastos. Señala que la concursada cuando se endeudó era solvente por lo que asumir posteriormente más deudas no convierte el endeudamiento en irresponsable, máxime cuando los acreedores posteriores evaluaron la solvencia a pesar de la ratio de endeudamiento.

En suma, el endeudamiento en sí mismo no es culposo y es precisa la evaluación de la conducta del acreedor pues nadie se endeuda de manera irresponsable si no se le concede los préstamos de manera también irresponsable. La doctrina que critico hoy es minoritaria, pero no por ello menos peligrosa y por eso creo que merece la pena dedicarle estas líneas.

## II. LIQUIDACIÓN CONCURSAL DE CUOTA SOBRE INMUEBLE HIPOTECADO E INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

### 1. Descripción del supuesto: vivienda común hipotecada y concurso de uno de los cónyuges

En los concursos de persona física es frecuente que la vivienda además de ser normalmente el bien de mayor valor patrimonial sea además compartido por los dos cónyuges o miembros de la pareja estable, bien porque se trate de un bien ganancial o bien ambos son copropietarios al 50% en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 y ss. CC). Puede ser que solo uno de los cónyuges sea insolvente y esto plantea específicos problemas en sede concursal, muchas veces no fáciles de resolver.

Cuando la vivienda está hipotecada y se trata de vivienda ganancial, ante la inexistencia de cuotas enajenables y embargables, la decisión del legislador es que toda ella se integre en la masa activa del concurso cuando deba responder de las obligaciones del concursado (art. 193.2 Texto Refundido de la Ley Concursal). Tal circunstancia sucederá siempre puesto según en régimen civil, plenamente aplicable en sede concursal, los bienes gananciales responden directamente de las deudas gananciales, ya sean contraídas por ambos cónyuges o por solo uno de ellos (art. 1365 CC) o subsidiariamente de las deudas privativas. Por ello, siempre los bienes gananciales van a responder de las deudas del concursado y, por ende, se integrarán en la masa activa.

Como correlación de esta opción legal, el art. 251 Texto Refundido de la Ley Concursal establece que toda la deuda hipotecaria se integrará en la masa pasiva.

En el caso de que el concursado escoja el itinerario de liquidación, y el cónyuge no concursado pueda hacerse cargo del pago del préstamo hipotecario, éste podría solicitar la disolución del régimen conyugal para dejar de generar, en su caso, recursos gananciales y ejercitar en la liquidación de la sociedad de gananciales su derecho de atribución preferente sobre la vivienda (ar. 125.3 Texto Refundido de la Ley Concursal). El cónyuge se adjudica la vivienda en la liquidación de gananciales. Sin embargo, el concursado no pierde su condición de deudor hipotecario, salvo consentimiento del acreedor (art. 1205 CC). El pasivo hipotecario permanece en la masa pasiva y la vivienda en la masa activa, pero haciéndose constar en el inventario la adjudicación al cónyuge del concursado. En esto consiste el mandato de coordinación entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la liquidación concursal<sup>19</sup>.

En caso de que el cónyuge del concursado no ejercite el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 125.3 Texto Refundido de la Ley

<sup>19</sup> He tratado de esta cuestión con carácter general en mi monografía sobre *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Thomson Civitas, 2008. También para el texto reformado tras la Ley 16/2022, "Comentario al art. 125 Texto Refundido de la Ley Concursal" en Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tercera edición, Tomo I, Aranzadi La Ley, 2023, pp.673-683.

Concursal, la vivienda permanecerá en la masa activa del concurso y será objeto de liquidación. Esto no lo puede evitar el cónyuge no concursado incluso si sigue pagando el préstamo hipotecario. Con ello podría evitar la ejecución de la hipoteca, pero no la liquidación de la vivienda ganancial. De hecho, teóricamente ni siquiera puede hacer esto porque el art. 414 Texto Refundido de la Ley Concursal prevé el vencimiento anticipado de la obligación cuando se abre la fase de liquidación. En tal caso, se ejecuta la hipoteca y la vivienda sale a subasta. Aunque evitáramos la ejecución hipotecaria porque el cónyuge sigue pagando el préstamo, nada impide que se liquide la vivienda hipotecada porque es un activo ganancial. La única forma de evitarlo es, como he dicho, que se la adjudique el cónyuge en la liquidación de gananciales. En suma, cuando la vivienda hipotecada es ganancial se enajena en su caso la totalidad del inmueble.

Si los cónyuges casados están casados en régimen de separación de bienes, al compartir bienes en régimen de comunidad romana (arts. 392 y ss.), cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 Texto Refundido de la Ley Concursal). El otro cónyuge puede ejercitar un derecho de adquisición preferente previsto en el art. 194 Texto Refundido de la Ley Concursal. Si lo hace, el inmueble no se liquidará en el concurso. Si, como suele ser habitual el cónyuge del concursado no puede adquirir la vivienda por la vía del derecho de adquisición preferente, el 50% se integrará en la masa activa y será objeto de liquidación en defecto de salida convencional de la crisis.

Caso de estar la vivienda hipotecada lo normal es que ambos cónyuges respondan solidariamente del pago del préstamo hipotecario y la totalidad de la cantidad del préstamo pendiente deberá integrarse en la masa pasiva. Diversas situaciones pueden darse en la práctica:

- Si ninguno de los cónyuges puede abonar el préstamo hipotecario, nada impedirá la ejecución de la hipoteca, ejecución que podrá gestionar de forma separada el acreedor hipotecario hasta que se produzca la apertura de la fase de liquidación (art. 149 Texto Refundido de la Ley Concursal).
- Si el cónyuge del concursado puede hacerse cargo del préstamo hipotecario cabe plantear lo que acontece cuando el concursado solicita la exoneración del pasivo y se abre la fase de liquidación. Entiendo que en este caso podría defenderse que no se produjera el vencimiento anticipado de la obligación por la apertura de la fase de liquidación prevista en el art. 414 Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>20</sup>
- Si el cónyuge concursado solicita la exoneración del pasivo insatisfecho por el itinerario de liquidación, el inmueble saldrá a subasta y

---

<sup>20</sup> Precepto que parece estar en contradicción con la posibilidad contemplada en el art. 212 Texto Refundido de la Ley Concursal de enajenar bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen, subrogándose el adquirente en la deuda garantizada. Malamente se puede producir este efecto si se produjera el vencimiento anticipado. Así lo entiende GARCÍA VICENTE, JR., "Pago de los créditos con privilegio especial y general", en García Cruces, (Dir.), La liquidación concursal, Estudios de Derecho concursal, Civitas, 2011, p. 349.

la declaración de concurso se trataría como una excepción personal que no puede perjudicar a los demás deudores ni al propio acreedor. Resultaría de aplicación en este caso la regla contenida en el art. 1.148 CC que permite al deudor solidario oponer al acreedor las excepciones objetivas (o reales) y subjetivas o personales. El beneficio del plazo sería una excepción objetiva que puede oponer cualquiera del resto de deudores solidarios<sup>21</sup>.

## 2. Régimen general de la enajenación de finca hipotecada en el proceso concursal

Si no se exceptúa el vencimiento anticipado de la obligación, la hipoteca se ejecutaría y el matrimonio perdería la propiedad de la vivienda. El acreedor hipotecario cobraría con lo obtenido la deuda garantizada y cabría exoneración de la parte de deuda que en su caso excediera del límite del privilegio (art. 489.1.8.<sup>a</sup> Texto Refundido de la Ley Concursal), sin perjuicio de la acción que conservaría el acreedor frente al otro codeudor solidario (art. 492 Texto Refundido de la Ley Concursal). Esta es la conclusión que se deriva de la ley que parece construida sobre la base de que el concurso concluye por liquidación con las hipotecas ejecutadas<sup>22</sup>. Y lo cierto es que, al margen de la justicia de la medida, cuando excepcionamos la regla y subsiste la hipoteca sin ejecutar, los problemas aparecen.

Si como hizo el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 105/2009, de 18 de mayo (JUR 2009/409714) se exceptúa la regla de vencimiento anticipado en caso de apertura de fase de liquidación en el concurso del cónyuge insolvente cuando el otro se hace cargo del pago del préstamo, se provoca una situación que genera una problemática particular: el 50% del inmueble hipotecado formaría parte de la masa activa por lo que sería objeto de liquidación y el 100% de la deuda hipotecaria pendiente formaría parte de la masa pasiva al tratarse de deuda solidaria. Parto del escenario de que

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ VEGA, L., "Enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada", Gómez Asensio, C., *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Thomson Aranzadi, 2021, p. 233. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 105/2009, de 18 de mayo (JUR 2009/409714), mantuvo la vigencia del préstamo hipotecario a pesar de la apertura de fase de liquidación concursal en concurso de uno de los copropietarios porque se seguían haciendo frente al pago del préstamo hipotecario. Eso sí, el 50% del inmueble hipotecado formaba parte de la masa activa y debía ser liquidado. El acreedor puede no tener interés en el vencimiento anticipado pues el préstamo se está pagando "sin que la apertura de la liquidación suponga la pérdida de su garantía, porque en todo caso la realización del activo del concursado, si fuera necesaria para el pago del resto de los créditos que carecen de privilegio especial sobre dicho inmueble, afectaría no al inmueble sino al derecho del concursado sobre la mitad indivisa, que a la postre es lo único que puede enajenarse. Y esta enajenación de la mitad indivisa, lo es sobre un bien hipotecado con carácter previo a la declaración de concurso, y por lo tanto ya tiene en cuenta a la hora de valorar el derecho ejecutado la existencia del gravamen (...). La inexistencia de vencimiento anticipado no afecta a los derechos de acreedor hipotecario porque (...) la venta de la mitad indivisa sobre el bien gravado no afectará a la integridad y efectividad de su derecho de garantía, sobre la que se proyecta su privilegio".

<sup>22</sup> CABANAS TREJO, R., *La hipoteca en el concurso de acreedores. Una aproximación notarial desde la práctica judicial y registral reciente*, Ed. Aferre, Barcelona 2012, p. 268.

la deuda garantizada es inferior al valor de la garantía. Por ejemplo, la vivienda está valorada en 200.000 euros y la deuda pendiente es de 60.000 euros. Mientras se siga pagando el préstamo hipotecario, se podrá, por las razones apuntadas, evitar la ejecución hipotecaria, pero se enajenará el 50% de vivienda hipotecada y con los recursos obtenidos se podrán satisfacer en lo posible los derechos de los acreedores.

Y el problema es lo que acontece cuando se liquida el 50% de una vivienda hipotecada, supuesto que —insisto— se produce cuando, abierta la fase de liquidación, hemos excepcionado la regla del vencimiento anticipado<sup>23</sup>. No se está ejecutando la hipoteca, sino que se está enajenando una cuota de inmueble hipotecado, de forma que a tenor de lo dispuesto en el art. 213 Texto Refundido de la Ley Concursal, será el acreedor hipotecario el que reciba el importe resultante de la realización del bien en cantidad que no exceda del importe de la deuda originaria. Aunque se realice una cuota sobre el inmueble que es lo que está en la masa activa, como codeudor solidario, toda la deuda hipotecaria se encontrará en la masa pasiva.

Cabe plantear lo que sucede con la carga hipotecaria tras la enajenación de la cuota sin asunción de deuda por parte del adquirente. Pero antes de analizar este supuesto y para entender las especificidades que plantea, conviene recordar el régimen general de la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial actualmente regulado en los arts. 209-214 Texto Refundido de la Ley Concursal.

Si en el régimen general previsto en art. 118 LH se prevé que el adquirente de un bien hipotecado, al tratarse de un bien gravado con un derecho real lo adquiere con carga hipotecaria, convirtiéndose en tercer poseedor de finca hipotecada (hipoteca con descuento) manteniendo el enajenante la condición de deudor. Incumplida la obligación, el acreedor tiene acción *erga omnes* contra el adquirente para ejecutar el bien dado en garantía. Ello salvo acuerdo del adquirente en subrogarse en la deuda garantizada requiriendo el consentimiento del acreedor por imperativo del art. 1205 CC.

En sede concursal el sistema cambia y teóricamente, como ya he adelantado, está diseñado para que la liquidación se lleve a cabo con la hipoteca ejecutada en tanto que la apertura de la fase de liquidación provoca el vencimiento anticipado de la obligación (art. 414 Texto Refundido de la Ley Concursal). Sin embargo, se prevén supuestos en los que esto no sucede.

---

<sup>23</sup> No obstante, destaca FACHAL, N., *Garantías reales y concurso, soluciones desde la práctica judicial*, Thomson Reuters, 2021, p. 588, que en la práctica judicial se dan supuestos de ventas con subrogación del adquirente y asunción liberatoria de deuda incluso cuando ha operado el vencimiento anticipado, rehabilitándose las condiciones y plazos de pago para el adquirente. Es una forma sin duda de cohonestar la regla del art. 414 Texto Refundido de la Ley Concursal con la posibilidad contemplada en el art. 212 Texto Refundido de la Ley Concursal, pero entiendo que cuando el vencimiento anticipado sea por apertura de fase de liquidación, no por incumplimiento. Así se entendió en el Auto del Juzgado de los Mercantil de Madrid de 13 de noviembre de 2018 (JUR 2019/40931). Al respecto de los supuestos que opera el vencimiento anticipado, cfr. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., "El vencimiento anticipado y la conversión en dinero como efectos de la apertura de la liquidación sobre los créditos concursales", La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia "In memoriam Emilio Beltrán" / Ángel José Rojo Fernández Río (dir.), Jesús Quijano González (dir.), Ana Belén Campuzano Laguillo (dir.), Emilio M. Beltrán Sánchez (hom.), 2014, págs. 245-268.

El primero es el previsto en el art. 212 Texto Refundido de la Ley Concursal que contempla la posibilidad de que se enajene el bien o derecho con subsistencia del gravamen con autorización judicial a solicitud de la administración concursal. Se produce un cambio de deudor sin consentimiento del acreedor y con autorización judicial. De esta forma, el acreedor hipotecario cobra la deuda hipotecaria del adquirente que se ha subrogado en el crédito.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que se produzca el rescate del bien objeto de privilegio con la correspondiente conversión del crédito con privilegio especial en crédito contra la masa, supuesto que afecta a ejecuciones de garantías reales suspendidas, supuesto que no puede afectar a la vivienda, sino a bienes afectos a la actividad empresarial del deudor (art. 430.2 Texto Refundido de la Ley Concursal). Esta opción la puede ejercitar el administrador concursal y el acreedor hipotecario cobra su crédito pendiente como crédito contra la masa, sin realización del bien afecto. Este supuesto no afecta al caso que nos ocupa y lo menciono por razones sistemáticas.

En tercer lugar, caso de que se enajene un bien hipotecado sin que el adquirente se subrogue en el crédito, el precio obtenido se dedicará a pagar el crédito garantizado de forma que el adquirente no se convierte en tercer poseedor de la finca hipotecada como sucede en el régimen común<sup>24</sup>, sino que la hipoteca se extingue y el acreedor cobra con lo obtenido su crédito y si hubiere sobrante se destinará al pago del resto de los acreedores. Si, por el contrario, con los recursos obtenidos no se lograra satisfacer el derecho de crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que corresponda. Es decir, el sobrante de crédito insatisfecho será considerado como crédito no privilegiado. Por lo tanto, en sede concursal la regla general es que la enajenación de un bien hipotecado implica la extinción de la hipoteca (art. 430.2 Texto Refundido de la Ley Concursal), previo, claro está la satisfacción de la deuda hipotecaria al acreedor. Caso de que la subasta del bien hipotecado quede desierta el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien o el derecho en los términos previstos en la legislación procesal civil (art. 423 bis Texto Refundido de la Ley Concursal).

### **3. La enajenación de la cuota sobre inmueble hipotecado en el concurso. El principio de indivisibilidad de la hipoteca**

Como ya he señalado, cuando se enajena una cuota sobre un bien hipotecado la totalidad de la deuda hipotecaria forma parte de la masa pasiva, por más que solo el 50% del bien hipotecario forme parte de la masa activa. No es posible incluir sólo el 50% de la deuda hipotecaria pendiente en la masa pasiva.

<sup>24</sup> El art. 674.2 LEC prevé la cancelación de las cargas posteriores y los arts. 668,3., 669.2 y 670.5 LEC contemplan la subsistencia y subrogación en las anteriores. Si existieran cargas preferentes el artículo 666 LEC manda la deducción de su importe del valor de tasación del bien.

Efectivamente, un principio medular en nuestro Derecho patrimonial es el principio de indivisibilidad de la hipoteca que significa que la hipoteca “subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido” (art. 122 Ley Hipotecaria). Por lo tanto, pagada parte de la obligación garantizada ello no implica que disminuya proporcionalmente la hipoteca. Es cierto que, si se reduce la deuda garantizada por pago parcial, la garantía es mayor puesto que la misma finca garantiza menor deuda. Caso de que la finca hipotecada se divida, el crédito hipotecario no se distribuye entre las fincas resultantes, salvo que así se pacte inicialmente por el acreedor y deudor (distribución de garantía hipotecaria). Caso de que no se haga, el acreedor podrá dirigirse por la totalidad de la deuda contra cualquiera de las nuevas fincas, o contra todas a la vez (art. 123 LH).

Este principio opera en sede concursal, puesto que no ha sido legalmente excepcionado. Por ello, enajenada la cuota sobre el inmueble hipotecado, y siendo el concursado codeudor solidario, el importe obtenido por la venta no será suficiente para el pago de la totalidad de la deuda hipotecaria, de forma que el adquirente en pública subasta lo adquiriría con el gravamen.

Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto 5497/2024 de 23 de mayo de 2024 en un supuesto en el que el Administración concursal había incluido en el plan de liquidación la cuota hipotecada sobre un bien inmueble sin hacer la salvedad de la subsistencia de la hipoteca. La entidad financiera recurre en apelación por considerar que el plan de liquidación aprobado judicialmente debía contener la previsión consistente en que la liquidación de la mitad indivisa de la finca no podría conllevar, en ningún caso, el levantamiento de la carga hipotecaria sobre el todo, sino que la adjudicación conllevaría el mantenimiento del gravamen sobre la totalidad, destinándose el importe obtenido a minorar el crédito con privilegio especial, de conformidad con lo establecido en los arts. 213.1 y 430.3 Texto Refundido de la Ley Concursal. La Audiencia da la razón al recurrente confirmando que “sólo si se enajena la totalidad de la finca hipotecada se puede proceder al levantamiento de la carga hipotecaria. Por el contrario, la venta de la mitad indivisa de un bien afecto a un crédito hipotecario debe realizarse con subsistencia del gravamen”. Confirma lo que ya dijeron en el Auto 9912A de 2 de noviembre de 2020 donde señalaron que *“hemos de tener en cuenta que no se trata de la inclusión o exclusión de la vivienda habitual, sino de una cuota o porcentaje sobre esa vivienda (un 50%), por lo que la realización no sería de la vivienda, sino de la cuota o parte indivisa de la misma, lo que determinaría, en principio, la venta de esa cuota sin levantamiento de las cargas, salvo que el propietario de la otra parte indivisa estuviera también en concurso liquidativo o autorizara la venta íntegra de la vivienda. No es posible la venta de un porcentaje o cuota sobre la propiedad de la vivienda con la cancelación de la hipoteca, la hipoteca no se puede dividir”*.

Comparto plenamente la doctrina mantenida en esta resolución que respeta el principio de indivisibilidad de la hipoteca y respeta los derechos del acreedor hipotecario. Ciertamente no hay que negar que la subsistencia de

la hipoteca dificulta sobremanera la ejecución en pública subasta de una cuota sobre un bien inmueble. Caso de quedar la subasta desierta se aplicará la regla prevista en el art. 423 bis Texto Refundido de la Ley Concursal que dispone que el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien o el derecho en los términos y plazos previstos en la Ley de enjuiciamiento Civil. Es decir, el acreedor podrá adjudicarse el activo (art. 671 LEC). Caso de que el acreedor se adjudique la cuota sobre el bien hipotecado, efectivamente se extinguirá proporcionalmente la garantía por consolidación de derechos. La reunión en una sola persona de las condiciones de acreedor hipotecario y dueño de la cosa hipotecada provoca la extinción de los derechos de garantía.

Como señala la Sentencia núm. 600/2020, de 12 de noviembre, la consolidación es una de las causas de extinción de los derechos reales limitados, aunque no existe en nuestro Derecho positivo un precepto que lo sancione con carácter general. Las normas que la contemplan son específicas para distintas clases de derechos reales. Así el art. 513.2 CC dice que el usufructo se extingue por la reunión del usufructo y de la nuda propiedad en la misma persona, y el artículo 546.1 reitera lo mismo en sede de servidumbres: estas se extinguen por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente. No existe una norma similar respecto de la hipoteca o de la prenda, pero es doctrina común entender que la reunión en una sola persona de las condiciones de acreedor hipotecario y dueño de la cosa hipotecada (o de acreedor pignoraticio y dueño de la cosa pignorada) provoca la extinción de estos derechos de garantía. La consolidación se origina al adquirir el propietario, por cualquier título, la titularidad del derecho real limitado o, inversamente, por adquirir el titular del derecho real la propiedad de la cosa gravada». Si el acreedor hipotecario adquiere la propiedad del 50% del inmueble hipotecado, la hipoteca se extingue por consolidación y ello no es una excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca, sino una regla elemental del Derecho civil patrimonial por la que no se puede ser deudor y acreedor de sí mismo y no cabe gravar cosa propia siendo el propietario titular y beneficiario del gravamen.

Si el acreedor hipotecario no hiciera uso de esta facultad la norma establece dos posibles soluciones en función del valor que tenga ese bien: a) Si el valor que figura en el inventario de la masa activa es superior al de la deuda garantizada, el juez ordenará que el bien se vuelva a subastar, pero sin postura mínima b) Si, por el contrario el valor del bien hipotecado es inferior al de la deuda garantizada, el bien se adjudicará al acreedor o a quien él designe, previa audiencia de la administración concursal y del acreedor por el valor fijado en el inventario.

En suma, nuestra regulación resuelve el problema de la dificultad de enajenar la cuota del inmueble hipotecado y aunque quede desierta la subasta, su valor nunca será cero. En cualquier caso, la dificultad para enajenar un activo no puede justificar sin más la excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca.

#### 4. La tesis de la extinción de la garantía por excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca. Alcance del art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal

La dificultad de venta de la cuota del inmueble hipotecado con subsistencia de la garantía ha animado a los administradores concursales a solicitar que se enajene el inmueble libre de cargas. De esta forma, enajenada una cuota de un inmueble hipotecado se entiende que el adquirente en subasta o venta directa la adquiriría libre de cargas, de forma que la hipoteca solo gravaría el 50% del inmueble titular del copropietario no concursado. Esta tesis excepciona el principio de indivisibilidad de la hipoteca, acogiendo a la purga de cargas regulada en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal. Esta tesis me parece muy discutible y se acoge en alguna resolución judicial y sobre todo en las Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo mercantil de Andalucía celebrado en Córdoba<sup>25</sup>.

Efectivamente, refiriéndose a cónyuges casados en separación de bienes y al hecho de que la mitad del inmueble es lo único que formará parte de la masa activa y lo único que se puede realizar se señala lo siguiente:

*“Esta realización se hace libre de cargas por mandato del artículo 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal, sin que rija el principio de indivisibilidad de la hipoteca consagrado en el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (como admite la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 30 de noviembre de 2020) ya que no se está ejecutando la hipoteca sino realizando concursalmente el activo. De este modo, en sede concursal el crédito privilegiado solo puede proyectarse respecto de la parte del inmueble que forma parte del activo, es decir, la mitad y, consecuentemente, solo puede considerarse crédito privilegiado la mitad de la deuda garantizada, teniendo la otra mitad la consideración de crédito ordinario. Por ello, la comparación se realiza entre la mitad del valor del inmueble y la mitad del importe de la deuda garantizada”.*

La conclusión no puede ser más discutible. Un codeudor solidario debe la totalidad del pasivo en sus relaciones con el acreedor, por más que frente al otro codeudor la deuda sea parciaria (art. 1144 CC). Por ello, en la masa pasiva entra la totalidad de la deuda garantizada y esto es así porque la solidaridad se ha pactado en la escritura de constitución de hipoteca. Por más que en el activo sólo figure el 50% de la finca y el privilegio se extienda a dicho inmueble, la hipoteca existe sobre la totalidad del inmueble. Por más —insisto— que el privilegio lógicamente se extienda exclusivamente a la cuota sobre el bien que forma parte de la masa activa, toda la deuda hipotecaria forma parte de la masa pasiva. El que el privilegio alcance al valor de la garantía no implica que la hipoteca deje de existir. Parece que, si no hay privilegio por el pasivo restante tras la ejecución del 50% del inmueble

<sup>25</sup> Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo mercantil de Andalucía celebrado en Córdoba <https://spanish.vlexblog.com/conclusiones-del-encuentro-de-la-jurisdiccion-mercantil-en-cordoba/> octubre de 2024.

ejecutado, ha dejado de haber deuda hipotecaria y eso no necesariamente es así. El acreedor sigue gozando de un derecho real de hipoteca sobre la totalidad de finca hasta que se le abone la totalidad de la deuda hipotecaria. No se puede considerar que una deuda hipotecaria civilmente deje de serlo por la clasificación concursal.

El sustento legal de la interpretación que censuro es la norma contenida en el art. 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>26</sup>, precepto que prevé que en el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. La norma contempla una excepción en el número segundo precisamente cuando se trata de la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial y se hubiera acordado la subsistencia del gravamen, supuesto contemplado en el art. 212 Texto Refundido de la Ley Concursal. Fuera de este caso, tratándose de garantía hipotecaria, de no preverse de manera expresa la subsistencia del gravamen, el mismo se considerará cancelado con la enajenación del bien gravado.

Como con acierto se ha señalado, la regla prevista hoy en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal tiene toda la lógica. En la medida en que los acreedores concursales solo pueden ver satisfechos sus créditos con la enajenación de los bienes y derechos del concursado, consumada esta, lo lógico es que resulten canceladas las cargas y gravámenes constituidos precisamente para pagar a dichos acreedores<sup>27</sup>. Si ninguna garantía mantenía el acreedor concursal tras la liquidación, era razonable que las mismas se “borraran” y que no se ocasionasen problemas a los terceros adquirentes. De hecho, no hacerlo generaba problemas registrales pues los registradores se negaban a levantar dichas cargas sin un oficio del juzgado en el concurso. También se ha justificado la regla contenida en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal en el interés del concurso, que aconseja que los bienes y derechos se ofrezcan libres de cargas en aras a ampliar al máximo

---

<sup>26</sup> La Ley 38/2011 introdujo en el art. 149.3 Ley 22/2003, de 9 de julio en donde se contemplaba la cancelación de garantías reales anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial. No se cancelaban las que tuvieran privilegio especial. La reforma introducida por el RDL 11/2014 modifica el precepto e introduce el inciso final “salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen”.

Con la Ley 9/2015, de 25 de mayo el precepto se traslada al art. 149.5 LC y ahora al art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal. Por su parte, hay que tener en cuenta que el art. 143.2 Texto Refundido de la Ley Concursal prevé la posibilidad de que el juez del concurso acuerde cancelación de embargos respecto de procesos de ejecución suspendidos.

<sup>27</sup> RUBIO VICENTE, P., “La liquidación concursal”, en Pulgar Ezquerro, J., *El concurso de acreedores: adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal*, 2012, p. 496. La norma parece estar pensada para los embargos. Como señala FACHAL NOGUER, N., “Problemática concursal de la cancelación de cargas” *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 62, mayo de 2024 p. 1 (Legalteca). Comoquiera que las cargas existentes sobre los bienes y derechos de la masa activa no confieren a sus titulares una posición reforzada, no les aseguran la íntegra satisfacción de los créditos incluidos en la masa, el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal ordena su cancelación. Así lo explica el juez en Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de Vitoria 202/2016, de 10 de octubre (JUR 2017/61043).

el ámbito de posibles interesados en su adquisición<sup>28</sup>, aunque lo relevante es que la garantía ya dejaba de tener sentido porque los acreedores solo podían cobrarse con el bien enajenado. Este efecto se ve claro cuando las cargas son embargos ya que los acreedores tienen derecho a cobrar sus créditos siguiendo el orden de prelación establecido en la normativa concursal de forma que el mantenimiento del embargo tras la ejecución carece de sentido. Esta es la razón relevante.

La lógica de la norma invita a pensar que opera respecto de cualquier enajenación que se realice dentro del concurso<sup>29</sup>. Por supuesto, la cancelación de la hipoteca se produce por supuesto cuando se ejecuta la hipoteca en el concurso, pero sobre todo cuando se enajena bien hipotecado de forma que el concurso no genera “terceros poseedores de finca hipotecada” a diferencia de lo que acontece en el régimen general del art. 118 de la Ley Hipotecaria.

Esto es claro y evidente cuando efectivamente se ejecuta la hipoteca en el concurso o cuando se enajena la totalidad del inmueble hipotecado, que es el escenario del que parte el Texto Refundido de la Ley Concursal, ya que en caso de bien gravado común y codeudores solidarios, el principio de vencimiento anticipado que tiene lugar con la apertura de la fase de liquidación nos llevaría a una ejecución hipotecaria. Pero, como ya he señalado, si se excepciona el principio de vencimiento anticipado, puede darse el caso de subsistencia íntegra de deuda hipotecaria con un 50% de bien en la masa activa.

En este escenario la aplicación de la regla contenida en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal ya no es lógica porque, aunque se extinga el privilegio en sede concursal por la enajenación de la cuota sobre la finca hipotecada, ello no implica extinción de la hipoteca. Esta es la incorrecta sinonimia que hacen quienes defienden la extinción de la hipoteca en este caso de enajenación de cuota y subsistencia de la misma solo respecto del 50% que no forma parte de la masa activa.

La especialidad de la situación generada radica en que, aunque toda la deuda hipotecaria forme parte de la masa pasiva, solo es crédito privilegiado el 90% del valor razonable (arts. 272-275 Texto Refundido de la Ley Concursal) del bien que es el 50% del inmueble. De esta forma, en este caso la parte de deuda hipotecaria que exceda de dicho valor será crédito concursal, pero no por ello deja de estar garantizado con una hipoteca ya que subsiste el otro 50% del bien en poder del concursado. Cancelar la hipoteca con base en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal es ignorar esta circunstancia, es decir, que subsiste deuda garantizada y se equipara erróneamen-

---

<sup>28</sup> HUALDE., I., “La realización de bienes hipotecados y cancelación registral de cargas en el concurso de acreedores”, Anuario de Derecho Concursal 51 septiembre-diciembre 2020, p. 15. Legalteca, versión electrónica. MUÑOZ PAREDES, A., “La subsistencia de los demás efectos de la declaración de concurso, La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia “In memoriam Emilio Beltrán” Dirigido por Rojo, A., Quijano, J., Campuzano, A., (dir. Emilio M. Beltrán Sánchez (hom.) 2014, pág. 273.

<sup>29</sup> En este sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., “Comentario al artículo 149 de la Ley Concursal”, en Pulgar Ezquerro, J., (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley Wolters Kluwer, 2016, p. 1683.

te el cese del privilegio con el cese de la garantía. Y ello porque, como he dicho, el sistema no está diseñado para que se enajenen cuotas gravadas con garantía real. No es que haya un choque entre el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal y el principio de indivisibilidad de la hipoteca, es que el art. 225 no está pensado para garantías en las que la deuda garantizada subsiste, por más que esta deuda haya perdido el carácter privilegiado. Por las mismas razones no se cancela la hipoteca en caso de enajenación de finca hipotecada en concurso de hipotecante no deudor<sup>30</sup>. No procede dicha cancelación, porque tanto en sede concursal como fuera de ella, es decir aplicando el Código Civil (arts. 1876 y 1923.3.º) y la Ley Hipotecaria (art. 104), el contenido esencial del derecho de hipoteca es permitir al acreedor exigir la realización del bien gravado para cobrar la deuda garantizada y la legislación concursal no constituye excepción.

La interpretación que censuro es lesiva para los intereses del acreedor hipotecario que se ve privado sin base legal de un derecho que le corresponde y sin ser oído<sup>31</sup>. Y es que cualquier cambio en la interpretación de este principio debe estar sujeto a un riguroso escrutinio y a la implementación

<sup>30</sup> Por la misma razón, aunque el supuesto no es obviamente el mismo, no cabe cancelar la hipoteca cuando en caso de hipotecante no deudor se enajena la finca hipotecada. El bien hipotecado se enajena en el concurso con el valor de mercado que le corresponde deducida la deuda garantizada que no forma parte de la lista de acreedores por no ser el concursado deudor. Enajenada la finca, el acreedor hipotecario no cobra nada, pero subsiste la hipoteca que será soportada por el adquirente en pública subasta. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (secc. 3.ª) 747/2016 de 7 de abril de 2016 (Id. Cendoj: Id Cendoj:18087370032016100089S corrobora que, «salvo con consentimiento del acreedor hipotecario, no es admisible, que resulte procedente la extinción de la garantía hipotecaria en caso de llevarse a cabo la transmisión del bien en el concurso del hipotecante no deudor, perdiendo el acreedor hipotecario su derecho de cobro sobre el bien, no encontrándonos en puridad, al no tratarse del pago de un crédito con privilegio especial, en la situación del artículo 155 de la Ley Concursal; estableciendo el artículo 149.5 de la Ley Concursal la posibilidad de acordar la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso, únicamente respecto de las constituidas a favor de créditos concursales, sin que el que nos ocupa deba merecer tal condición». Por la misma razón, no debe perder el acreedor hipotecario su garantía en caso de enajenación de cuota sobre bien hipotecado cuando subsiste deuda garantizada. Cfr. HUALDE, I, *op. cit.*, p. 16). En este sentido, señala MARTÍN MARTÍN, A., "Cancelación concursal de hipoteca que garantiza un crédito no comunicado" 2022, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/cancelacion-concursal-de-hipoteca-que-garantiza-un-credito-no-comunicado/#diferencia-con-los-creditos-no-concursales-pero-garantizados-con-hipoteca-sobre-bienes-del-activo-tercer-poseedor-e-hipotecante-no-deudor> Cuando el concursado "cuando hipotecó la finca en garantía de deuda ajena en cuyo caso, aunque no disponga de esa inmunidad concursal, tampoco podrá incluirse la deuda ni pagarse en el concurso, por lo que no puede cancelarse la hipoteca si se transmite la finca. Se trataría de una garantía real cuyo importe ha debido deducirse del valor, conforme al art. 201 Texto Refundido de la Ley Concursal". Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2022. Id. Cendoj: :2807911001202210020. El autor citado postula idéntica solución cabe aplicar al supuesto de créditos concursales no concurrente (crédito garantizado existente pero no reconocido en el concurso). La regla es que el concurso no puede desconocer la garantía hipotecaria cuando subsiste deuda garantizada, cosa que sucederá siempre que se enajena cuota sobre inmueble hipotecado.

<sup>31</sup> La doctrina que censuro es contraria a la sentada por la sentencia del Tribunal Supremo 491/2013, de 23 de julio (RJ 2013, 5203), que señaló para todos los modos de realización de bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, que es imperativa la observancia de las prescripciones legales que protegen los derechos del acreedor privilegiado.

de salvaguardias adicionales que aseguren que la flexibilización no socave la estructura de garantías del sistema hipotecario<sup>32</sup>. La dificultad (que no imposibilidad) de enajenar la cuota de un bien hipotecado no justifica la privación al propietario de una garantía que legítimamente le corresponde. Aunque parezca obvio decirlo, una cosa es el privilegio y otra la garantía<sup>33</sup>. Desaparecido el primero no desaparece el segundo cuando se liquida una cuota sobre bien hipotecado. Y ello por más que al no abonarse la totalidad de la deuda hipotecaria con la enajenación de la cuota del bien hipotecado, el remanente de pasivo pendiente tenga la consideración de crédito ordinario.

La enajenación de la cuota de bien hipotecado con cancelación de la garantía suscita un problema adicional por su conexión con el régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho, teniendo en cuenta que es exonerable la deuda con garantía real dentro del límite del privilegio especial calculado conforme arts. 272 y ss Texto Refundido de la Ley Concursal.

Normalmente la totalidad de la deuda hipotecaria se incluye en masa pasiva dada la frecuente condición de codeudor solidario del concursado y puede suceder que enajenada la cuota del 50% de la vivienda hipotecada probablemente no sea suficiente para el pago de la totalidad de la deuda. Por ejemplo, si la vivienda tiene un valor de 300.000 euros y una deuda hipotecaria pendiente de 160.000 euros, en la masa activa se integra el 50% del valor del inmueble: 150.000 euros y en la masa pasiva se integra los 160.000 euros. Enajenado el inmueble, restan por pagar 10.000 euros respecto de los que el deudor puede pedir la exoneración del pasivo insatisfecho. Pero el acreedor hipotecario conservará la acción contra el cónyuge no concursado codeudor solidario (art. 492 Texto Refundido de la Ley Concursal) por los 10.000 euros conservando la garantía sobre la totalidad del inmueble. De lo contrario, el acreedor sufriría la exoneración de los 10.000 euros y además perdería la garantía sobre el 100% del inmueble, ya que la tesis que critico reduciría la garantía al 50% del inmueble correspondiente al cónyuge no concursado. Una cosa es que el acreedor pierda el derecho de crédito frente al concursado y otra muy distinta es que además se le reduzca la garantía hipotecaria y ello por más que en el concurso el crédito ya no sea privilegiado.

---

<sup>32</sup> FIERRO RODRÍGUEZ, D., "El concurso de cónyuges y la cuestión de la indivisibilidad de la hipoteca desde una óptica andaluza", Revista La Ley Insolvencia, n.º 32, octubre de 2024, p. 10, versión electrónica.

<sup>33</sup> Efectivamente, no está de más recordar que el acreedor hipotecario tiene un privilegio especial no por el hecho de que disponga en abstracto de un derecho de garantía sino porque su crédito puede ser pagado con la ejecución del bien afecto a la garantía. Sólo en la medida en que el acreedor garantizado pueda cobrar su crédito de esta forma se tratará de un crédito con privilegio especial para el cobro, por lo que el resto del crédito tiene la consideración de crédito ordinario. Cfr. PARRA BAUTISTA JR., "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", Revista La Ley Derecho de familia, n.º 4, octubre 2014, p. 38.

## 5. En particular, el Auto 365/2024 de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2024<sup>34</sup>

Especialmente relevante es la doctrina mantenida en el Auto de la AP de Valencia de 23 de abril de 2024 que asume la tesis de la aplicación del art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal en caso de enajenación de cuota sobre inmuebles hipotecados. Recalco la idea de que la hipoteca no se ejecuta, sino que se enajena la cuota sobre el bien hipotecado.

Creo que merece la pena realizar un análisis detenido de los hechos y sobre todo, de la “llamativa” posición del juez de instancia (n.º 5 de Torrent). Se trató de un concurso consecutivo de un deudor persona física (al amparo de la normativa concursal anterior a la Reforma de la Ley 16/2022), planteado tras el fracaso del intento de acuerdo extrajudicial. El concursado era titular del 50% del pleno dominio de tres bienes inmuebles (vivienda y anexos), gravados por un préstamo hipotecario suscrito con la entidad “Caixabank”. La administración concursal presentó propuesta de plan de liquidación, sugirió la oportunidad de venta directa como primera vía de enajenación de los activos y, como segunda y complementaria, a opción del hipotecante, dación en pago o cesión a un tercero, con previsión final de una fase de subasta a través de entidad especializada. En dicho plan se previó *“el levantamiento de los embargos o cargas que pesaren sobre los bienes transmitidos mediante libramiento de los correspondientes mandamientos, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 642 LEC”* para la fase de venta directa (p. 6) y que *“la venta en pública subasta de los bienes que constituyen la masa activa se realizará en estado de libre de cargas y gravámenes”*.

Como no podía ser de otra manera, Caixabank formuló observaciones, para señalar que la realización de los bienes sujetos a privilegio especial debía ser compatible con la conservación de su derecho real de garantía, transmitiéndose eventualmente la mitad indivisa objeto de liquidación con subsistencia de gravamen.

Por auto del juez de instancia se aprueba el plan de liquidación advirtiéndose que *“todas las enajenaciones que se realicen en ejecución del presente plan supondrán necesariamente la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso”*. Entiende que se tiene que aplicar la regla general que implica que toda enajenación que se haga en el concurso tiene que implicar la cancelación de la garantía: *“ha de tenerse en cuenta que la enajenación de la vivienda en el concurso, aun cuando fuera del 50% de la misma, supondría sí o sí la cancelación de la garantía, por lo que, si con el precio obtenido no se cubriese la totalidad de la deuda, lo que ocurriría es que dicho crédito no cubierto pasaría a tener la consideración de ordinario y por tanto sujeto a posible exoneración. Por lo tanto, debe quedar rechazada la observación referente a la subsistencia de la carga hipotecaria para el caso que se enajene (el) 50% de la vivienda, pues ello no es viable en el proceso de concurso en el que nos encontramos, pues la mera enajenación supone la extinción de la garantía que afecta al crédito de la acreedora”*. Es decir, el

<sup>34</sup> Id Cendoj: 46250370092024200053.

juez de instancia parte de la tremenda premisa de que la enajenación de la cuota de bien hipotecado supone la extinción de TODA la garantía.

El acreedor plantea recurso de apelación solicitando que *se modifique el plan de liquidación haciéndose constar que la realización del 50% de las fincas hipotecadas (...) no conllevará la cancelación de la carga hipotecaria, manteniéndose ésta sobre el 100% del pleno dominio, procediendo únicamente hacer constar, mediante nota al margen de la inscripción de la hipoteca, la reducción del capital garantizado en el importe que se obtenga por su realización.*

La administradora concursal entiende que la realización de la garantía determina la pérdida del privilegio respecto del exceso de crédito no cubierto con el importe del bien hipotecado, ex artículos 213, 225 y 430. Como se puede observar, para la administradora concursal, privilegio e hipoteca parece ser lo mismo y extinguido el privilegio, se extingue la hipoteca, lo que constituye a mi juicio un error de base grave. Es claro que se ha extinguido el privilegio, pero subsiste parte de la deuda garantizada y con ella la hipoteca. El requisito de la indivisibilidad de la hipoteca no es ni mencionado por la administración concursal...

Sorprendentemente la Audiencia desestima el recurso de apelación por considerar que la excepción de la regla de la indivisibilidad de la hipoteca es más compatible con la disciplina concursal. Veamos los argumentos.

Parte, como no podía ser de otra manera, de la vigencia del principio de indivisibilidad de la hipoteca cuando la misma recae sobre cuotas indivisas hipotecadas sin distribución de la garantía hipotecaria (1860 CC, 125 y 122 LH). Ello implica que “la hipoteca, en cuanto derecho real de garantía que permite la realización del bien afecto para el pago del débito al que responde, no se puede realizar parcialmente o, como reflejo, extinguirse en proporción, aunque se reduzca la obligación garantizada por amortizaciones sucesivas o se enajene una porción del bien afecto (entre otras, RRDGRN de 26 de mayo de 2001, 30 de octubre de 2017 y RDGSJFP de 5 de marzo de 2020). Por el contrario, el significado económico, funciones y extensión del derecho real de hipoteca determina que grave la totalidad del bien afecto hasta la extinción íntegra del débito o, en un escenario de ejecución, hasta donde alcance el importe obtenido mediante la realización íntegra del bien afecto”.

La Audiencia niega que la enajenación de la cuota de inmueble hipotecado suponga la extinción total de la garantía, produciéndose solo respecto de la cuota indivisa objeto de liquidación concursal. “No existe base alguna para sostener que lo que aquí está en cuestión es la neutralización completa del derecho real de hipoteca que funda el privilegio de CaixaBank por la realización parcial del bien afecto”. Sí entiende la Audiencia que se extingue la hipoteca respecto de la cuota del bien enajenado y ello porque:

*Primero.*— Entiende que la única posibilidad de que se enajenen bienes y derechos afectos a privilegio especial con subsistencia de gravamen es solo facultativa a instancia del administrador concursal y bajo aprobación judicial (art. 212.1 Texto Refundido de la Ley Concursal).

*Segundo.*— El carácter universal del proceso concursal y la vocación de las operaciones de liquidación de maximizar el producto a obtener con los bienes integrantes de la masa activa del concurso aconseja dicha solución. El acreedor hipotecario solo tiene la opción prevista en el art. 210 Texto Refundido de la Ley Concursal para venta directa quedando en manos del administrador concursal la subsistencia del gravamen, cosa que no ha hecho.

Este argumento no me parece de recibo. El principio de indivisibilidad de la hipoteca es legal y se impone al administrador concursal excepcionarlo. Como he dicho, el Texto Refundido de la Ley Concursal está partiendo del escenario de enajenación de la totalidad del inmueble hipotecado, pero en este caso estamos ante una cuota sobre inmueble gravado.

*Tercero.*— En el concurso de acreedores los bienes se transmiten libres de todas las cargas anteriores, como solución general e imperativa (art. 225.1 Texto Refundido de la Ley Concursal), a excepción de aquellos casos en los que se hubiese aprobado la transmisión de los bienes o derechos afectos a privilegio especial con subsistencia de gravamen (art. 225.2 Texto Refundido de la Ley Concursal). Es cierto que, incluso en estos últimos casos, el producto obtenido con la venta del bien debe ser entregado al acreedor hipotecario. Pese a que la hipoteca no ha sido realizada, así lo establecen los artículos 213 y 430.1 Texto Refundido de la Ley Concursal. Entonces se minorará la responsabilidad hipotecaria pendiente, de lo que puede dejarse oportuna mención registral mediante nota marginal, ex artículos 373 RH y ss, siendo que tampoco es necesaria la cancelación parcial como consecuencia del reconocimiento de la amortización parcial del préstamo garantizado.

*Cuarto.*— Para que opere la exoneración del pasivo insatisfecho que es la finalidad del concurso de persona física, es preciso realizar la hipoteca (art. 489.1.8.º Texto Refundido de la Ley Concursal). Solo si la garantía ha sido realizada puede exonerarse la deuda remanente sin cumplimiento de un plan de pagos (en la comunicación de los arts. 430.5, 492 bis.1 y 2 Texto Refundido de la Ley Concursal). De ahí resulta que, como sucede en este caso, el deudor pueda manifestar un interés legítimo en la liquidación de sus bienes, en las condiciones en que eso sea posible y para realización de la garantía hipotecaria en la parte que le incumba, con exoneración de la deuda concursal remanente, sin perjuicio de la responsabilidad personal de otros obligados en virtud del mismo título y con subsistencia del gravamen en la parte que corresponda en relación con esos obligados (arts. 491 y 492 Texto Refundido de la Ley Concursal, se trate o no de bienes conyugales comunes).

*Quinto.*— Se basa en la doctrina discutible y aislada de la Resolución de la Dirección general de Seguridad Jurídica y fe pública de 30 de noviembre de 2020, que efectivamente prevé la extinción de la hipoteca a la cuota correspondiente al copropietario no concursado, pero en un caso en el que la cuota del inmueble hipotecado fue adjudicada al acreedor hipotecario, extin-

guiéndose, por tanto, por consolidación la carga real respecto del bien adjudicado<sup>35</sup>.

Creo que a lo largo de la resolución se mezcla la enajenación de bien hipotecado con la realización de la garantía. No comparto la tesis mantenida en esta sentencia respecto al alcance del art. 489.1.8.º Texto Refundido de la Ley Concursal. El precepto que no exige la realización de la garantía para la exoneración del sobrante. Todo lo contrario, a diferencia de lo que acontecía en el texto anterior a la reforma<sup>36</sup> que, al igual que hoy derogado art. 178 bis LC, aclaraba la necesidad de realización de la garantía, el art., 489.1.8.º declara que es exonerable la deuda que exceda del límite del privilegio especial, exoneración que legalmente se prevé cuando no se ejecuta la garantía y el deudor se acoge a un plan de pagos en el art. 492 bis Texto Refundido de la Ley Concursal. Pero, aunque lo exigiera ello no autoriza a excepcionar el principio de indivisibilidad de la hipoteca solo para que el deudor pueda obtener la exoneración. La indefensión del acreedor hipotecario es total con este planteamiento. Son tan severos los efectos para el acreedor que la excepción al principio de indivisibilidad de la hipoteca debería haber sido legalmente previsto. Realizar esta interpretación sin soporte legal priva injustamente al acreedor de su garantía y, lo que es peor, genera una escandalosa inseguridad jurídica que puede poner en riesgo el funcionamiento del mercado hipotecario. El principio de indivisibilidad de la hipoteca se impone a cualquier decisión del administrador concursal sencillamente porque está previsto en la ley que todos deben respetar incluso en el marco del proceso concursal.

Sin embargo, concluye la Audiencia que dada la interferencia del principio hipotecario de indivisibilidad de la hipoteca y el concurso *“es entonces posible que el derecho real de hipoteca quede limitado a la cuota indivisa que corresponda al hipotecante no concursado y para la cobertura de la obligación originaria, devenida unipersonal en el aspecto pasivo por razón de la cuota indivisa complementaria —el concursado— y con minoración en la cantidad correspondiente al remate”*. El Derecho civil e hipotecario debe ser respetado en sede concursal, salvo que la ley autorice lo contrario. Si un principio medular de nuestro Derecho patrimonial incomoda al profesional, no puede sin más prescindir de él privando de derechos legítimos al acreedor hipotecario.

Por ello, entiendo que, en caso de enajenación de cuota sobre inmueble hipotecado, el adquirente del inmueble lo hace con subsistencia de la hipo-

---

<sup>35</sup> Analiza extensamente dicha resolución, FIERRO RODRÍGUEZ, D., “El concurso de cónyuges y la cuestión de la indivisibilidad de la hipoteca desde una óptica andaluza”, Revista La Ley Insolvencia, n.º 32, octubre de 2024, p. 12, versión electrónica.

<sup>36</sup> Art. 497 Texto Refundido de la Ley Concursal en su versión originaria, antes de la reforma operada por la Ley 16/2022, señalaba como al tratar de la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos: “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.

teca<sup>37</sup>, por más que se haya reducido notablemente la deuda garantizada. Ello, salvo que el inmueble se adjudique al acreedor hipotecario, circunstancia que provocará la extinción de la garantía por la cuota correspondiente por consolidación de derechos. El principio de indivisibilidad de la hipoteca provoca este efecto y el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal no está pensado para el escenario de subsistencia de deuda garantizada. El deudor concursado podrá solicitar la exoneración del pasivo por la parte de deuda no cubierta por el privilegio especial (art. 489.1.8.<sup>a</sup> Texto Refundido de la Ley Concursal), pero el acreedor conserva el derecho a reclamar la totalidad de la deuda garantizada pendiente al otro codeudor solidario (art. 492 Texto Refundido de la Ley Concursal), pudiendo ejecutar en caso de impago la totalidad del inmueble. Ninguna norma priva al acreedor de la garantía en este escenario, no dándose el fundamento que justifica la regla contenida en el art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal. El principio de indivisibilidad de la hipoteca choca frontalmente con la aplicación del art. 225 Texto Refundido de la Ley Concursal y en ausencia de norma que no excepcione, deben respetarse los derechos del acreedor hipotecario.

### III. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL DEUDOR CON NÓMINA

#### 1. El salario como activo del concursado

Dispone el art. 192 Texto Refundido de la Ley Concursal que forman parte de la masa activa los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del concurso. Como no puede ser de otra manera el salario devengado que exceda del límite inembargable (art. 607 LEC) forma parte de la masa activa. No sucede lo mismo con los ingresos futuros que son contingentes y pueden o no producirse. En tal sentido, no pueden considerarse un activo del concurso en tanto son salarios no devengados o que puedan serlo después de la conclusión del concurso. Sí formarán parte de la masa activa los salarios devengados hasta la conclusión del concurso.

La parte inembargable del salario (art. 607.1 LEC) no forma parte de la masa activa ni tampoco puede considerarse alimentos (arts. 123 y 124 Texto Refundido de la Ley Concursal). Ninguna declaración del juez mercantil es necesaria para que el concursado pueda disponer libremente de su salario inembargable. Cosa distinta es que dicho recurso sea insuficiente para atender las necesidades del concursado alimentista y su familia. En tal caso, y siempre que haya suficiencia en la masa, podrá decretarse el derecho de alimentos en favor del concursado.

---

<sup>37</sup> Así lo entiende también FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., La exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal, *II Bosch*, 2023, p. 112. FIERRO RODRÍGUEZ, D., "El concurso de cónyuges y la cuestión de la indivisibilidad de la hipoteca desde una óptica andaluza", *Revista La Ley Insolvencia*, n.º 32, octubre de 2024, p. 12, versión electrónica.

La exoneración del pasivo insatisfecho provoca la extinción del derecho de crédito exonerable (no su simple inexigibilidad) salvaguardando los ingresos futuros del deudor del pago de deudas exoneradas. Y esto es así, ya se trate de ingresos ciertos o inciertos. El objetivo es recuperar al deudor. Cosa distinta es que pueda darse el presupuesto objetivo del concurso, es decir, la insolvencia, cuestión que habrá que valorar en cada caso concreto. Pero hay que tener en cuenta la finalidad de la exoneración y la naturaleza de la nómina futura que entiendo que no puede ser considerado un activo en los mismos términos que tampoco podría serlo la eventual herencia que pudiera obtener un deudor concursado de sus padres respecto de los que es legítimo.

El hecho de que se integren en la masa activa los salarios devengados hasta la conclusión del concurso hace que su devengo deba ser tenido en cuenta a los efectos de valorar si el concurso del deudor es o no con masa. (art. 37 bis), pues es posible que de los salarios devengados con posterioridad a la solicitud y antes de la conclusión se generen recursos suficientes para atender los gastos del procedimiento (art. 37 bis c) Texto Refundido de la Ley Concursal). Así lo entendió con acierto la sentencia 713/24 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de julio:

“Como regla general, siempre que de la solicitud del concurso se derive la existencia de ingresos recurrentes posteriores a la declaración del concurso, entendemos que lo correcto es que la declaración se haga como concurso con masa, con la salvedad que deberá apreciar el juez en cada caso, que resulte acreditado que la cantidad que resultaría embargable sea tan escasa que no permita apreciar que con ella se podrían afrontar razonablemente los gastos de la masa”.

Esta valoración es razonable, y si el concurso fuera declarado con masa, caso de que el deudor inste la solicitud de exoneración, podrá elegir entre el itinerario de plan de pagos o de liquidación. El margen judicial se agota en la decisión de la declaración de concurso con o sin masa.

## **2. ¿Puede “obligarse” al deudor con nómina o “ingresos recurrentes” a acudir al itinerario del plan de pagos para obtener la exoneración?**

La ley es clara al respecto cuando permite libremente al deudor escoger uno de los itinerarios para obtener la exoneración: plan de pagos y liquidación y el deudor es libre para escoger el itinerario que estime conveniente. Ninguna norma le obliga a escoger un itinerario concreto, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos<sup>38</sup> donde el itinerario de liquidación es

---

<sup>38</sup> Así, en los EEUU el acceso al itinerario de liquidación para obtener la exoneración (*discharge*), el denominado Capítulo 7, (Título XI, *UsCode*) requiere que el deudor supere el denominado “test de medios” (*means test*), de forma que quede acreditado que el deudor no tiene medios para acudir a la exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos, que es el regulado en el Capítulo 13. Este test de medios se introdujo por la *Bankruptcy Abuse Prevention*

subsidiario, debiendo pasar el deudor un “test de medios”. Se trata de evitar que un deudor con posibilidades económicas pueda escoger el itinerario de la liquidación y con él la exoneración inmediata. Si bien el Texto Refundido de la Ley Concursal exige que el deudor tenga medios para acudir al plan de pagos, ninguna norma requiere que el deudor no tenga medios para acudir al itinerario de liquidación. Así, por ejemplo, puede suceder que un deudor con una nómina de 5000 euros y un pasivo de un millón de euros obtenga la exoneración del pasivo por liquidación. El acceso al itinerario de exoneración es claramente voluntario: el art. 495 Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que “el deudor *podrá* solicitar la exoneración del pasivo con sujeción a un plan de pagos y sin liquidación de la masa activa”

Quien escribe estas líneas ha defendido y propuesto tal sistema de cribado de medios para el acceso al itinerario de liquidación, recibiendo una respuesta negativa por parte de la Comisión encargada de hacer la reforma. Probablemente detrás de esa decisión esté la idea de evitar trámites que puedan dilatar y complicar el proceso de acceso a la exoneración. Piénsese que si se exigiera carecer absolutamente de medios para acudir al itinerario de liquidación se abriría la puerta a posibles impugnaciones y oposiciones al acceso a la exoneración. La idea de que el proceso para la obtención de la EPI fuera rápida y que no se produjera el “efecto llamada” a los deudores con el consiguiente colapso judicial ha informado la regulación, provocando fallos como el descrito al que hay que sumar el de la pésima regulación del concurso sin masa que permite que un deudor con masa (aunque sea insuficiente para el pago de los gastos del procedimiento) pueda obtener la exoneración dado que no se abre la fase de liquidación si no se nombra administrador concursal (art. 37 ter Texto Refundido de la Ley Concursal y art.501 Texto Refundido de la Ley Concursal)<sup>39</sup>. Este “tercer itinerario” para obtener la exoneración que tenemos en España por la vía del concurso sin masa y que permite que un deudor salga del concurso con la exoneración y con bienes es, a mi juicio, contrario a la DRI que solo permite a los Estados miembros la posibilidad de ordenar una exoneración a través de la ejecución de activos o un plan de pagos o una combinación de ambos (art. 21 y Considerando 77 DRI).

Siendo esto así, entiendo que no hay norma que pueda “obligar” al deudor a acudir al itinerario de plan de pagos para obtener la exoneración. Y un resultado distinto no es posible siquiera vía interpretativa pues la norma es

---

*and Consumer Protection Act* en 2005 con el objeto de evitar el abuso del sistema por parte del consumidor. Si el deudor no supera el “*means test*”, entonces deberá solicitar el concurso por el Capítulo 13, en lugar de escoger el del Capítulo 7. Este test de recursos trata de verificar si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares de las mismas características del estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, podrá acudir al procedimiento del Capítulo 7. Si se supera ese límite, se procede a determinar si tiene ingresos disponibles suficientes para justificar un plan del Capítulo 13 (Tit. 11 & 707 U.S. Code). *Vid.* Sobre esta reforma y su crítica, *cfr.* GROSS, K., HEIDT, K., y LUPICA, L., (2006), “Legislative Messaging and Bankruptcy Law”, *University of Pittsburgh Law Review*, núm. 67, pp. 497 y ss.

<sup>39</sup> Así lo critiqué en mi trabajo, “Comentario al art. 501 Texto Refundido de la Ley Concursal”, Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tercera edición, Tomo II, Aranzadi La Ley, 2023, pp. 402 y ss.

clara al respecto. La regla de que “todo es interpretable” no permite decir a la norma lo que no dice conduce a una inseguridad jurídica alarmante. Y esto es lo que ha sucedido cuando el deudor tiene una nómina que supera el mínimo inembargable.

Buena prueba de ello es el criterio seguido en los “Acuerdos de unificación de criterios en Derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona<sup>40</sup>”. En dichos acuerdos se dispone que:

*“Cuando el deudor cuente con ingresos recurrentes que puedan resultar embargables conforme a la LEC, se valorará en cada caso, en función de la relación de ingresos y gastos del deudor y en su caso de la unidad familiar que se desprendan de los documentos aportados y el formulario del anexo I, la posibilidad de que realice un esfuerzo razonable de pago de los créditos exonerables, a través de un plan de pagos, en cuyo caso se considerará el concurso como ‘concurso con masa’”.*

*“En todos los concursos de persona física en que se desprenda de los documentos aportados y el formulario del anexo I, la existencia de ingresos recurrentes conforme al criterio anterior número 2 y la posibilidad de que el deudor realice un esfuerzo razonable de pago de los créditos exonerables, entonces el deudor tendrá la posibilidad de presentar, en el tiempo y forma establecidos en los arts. 495 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, un plan de pagos para acceder a la exoneración provisional del pasivo insatisfecho”.*

Como he dicho, nada obsta a que se declare concurso con masa y se tengan en cuenta las nóminas devengadas hasta la conclusión del concurso. Pero una cosa es esto y otra es que el juez “obligue” al deudor a “hacer un esfuerzo razonable de pago de créditos exonerables a través de un plan de pagos”. Esta doctrina se aplica en la sentencia 145/2024 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de octubre de 2024<sup>41</sup>, se considera que “la exoneración solo podría ser concedida por medio de un plan de pagos que deberá presentar el deudor concursado”.

La ley no concede al juez la facultad de imponer un plan de pagos y me parece una interpretación contraria al Texto Refundido de la Ley Concursal e incluso “no conforme” con la DRI puesto que se ponen trabas a la consecución de la EPI que se considera como un derecho. Nos guste o no, la ley permite libremente al deudor elegir el trámite para obtener la exoneración.

Por su parte en el documento que recoge las “Conclusiones del encuentro de los Magistrados de lo Mercantil de Andalucía”<sup>42</sup> asumen que no se

<sup>40</sup> Acuerdos de unificación de criterios en Derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/Acords-dunificacio-de-criteris-en-Dret-Concursal-dels-Jutjats-Mercantils-de-Barcelona.pdf> diciembre 2023.

<sup>41</sup> Id: Cendoj: 08019370152024200141 En el mismo sentido, se “obliga” a acudir al plan de pagos al deudor con una nómina superior al SMI: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>, Auto 184/2024 de 2 Dic. 2024, Rec. 410/2024 JUR\2024\503184.

<sup>42</sup> Conclusiones del encuentro de los Magistrados de lo Mercantil de Andalucía. Córdoba, 2024. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/>

puede imponer un plan de pagos y así lo reconocen unánimemente, como no puede ser de otra manera porque la ley es muy clara<sup>43</sup>. Sin embargo, resulta llamativa la declaración que se realiza a renglón seguido: *“No obstante se debatió que, ante concretas situaciones (grandes salarios con un tramo no embargable importante), podría plantearse y valorarse por el juez en trámite de exoneración la posible existencia de un uso abusivo del derecho, ya que estaríamos ante un supuesto donde se puede pagar, al menos, parte de la deuda, pero se decide ir por la vía más ventajosa para el deudor”*.

No creo que se pueda declarar abusivo el ejercicio de un derecho cuando se hace en el marco estricto de la ley y sin que se den los requisitos del art. 7 CC ni que por esta circunstancia se pueda decretar la mala fe del deudor, pues nos encontramos fuera del marco del art. 487 Texto Refundido de la Ley Concursal que establece una lista tasada de supuestos de los que cabe deducir esta circunstancia. Se puede comprobar el “escozor” que produce al juzgador conceder una segunda oportunidad a un deudor sobreendeudado con nómina. Y comprendo perfectamente su desazón, pero es el legislador el que tiene que resolver este problema imponiendo el plan de pagos como itinerario preferente y reservando el de la liquidación para aquellos deudores que no tengan capacidad para cumplir un plan de pagos, es decir, de modo subsidiario.

Y es que, además, legalmente está vedado acudir al plan de pagos en los casos en los que el único activo del deudor es una nómina puesto que el plan de pagos implicaría la liquidación total del patrimonio del deudor (concurso liquidativo), cosa que prohíbe de manera expresa el último párrafo del art. 496 Texto Refundido de la Ley Concursal: “el plan de pagos no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor”. Efectivamente, un plan de pagos que implique la detracción de la parte embargable del salario del deudor es un concurso liquidativo. De ahí que tampoco pueda plantearse que un deudor cuyo concurso haya sido declarado sin masa, pueda acudir al itinerario del plan de pagos.

### 3. Concursado con ingresos recurrentes y concurso sin masa

En caso de que el salario embargable del deudor no se estime suficiente para cubrir los gastos del procedimiento, el concurso deberá declararse sin masa y aquí la situación es todavía más dramática ya que ni siquiera se abre la fase de liquidación cuando no hay nombramiento de administrador concursal algo que es habitual ante la falta de reacción de los acreedores (art. 37 ter Texto Refundido de la Ley Concursal). En tal caso, siquiera se puede detraer el salario embargable para el pago de los créditos porque no se abre la fase de liquidación. Incluso el deudor puede conseguir la exoneración cuando tiene bienes embargables por más que sean insuficientes para el

TSJ-Andalucía--Ceuta-y-Melilla/En-Portada/Conclusiones-del-Encuentro-de-la-Jurisdiccion-Mercantil-en-Cordoba

<sup>43</sup> “La opinión unánime es que no cabe obligar al deudor, en estos casos, a acudir a un plan de pagos, dado que legalmente no existe dicha obligatoriedad y es el deudor el que elige el itinerario de exoneración que más le conviene”.

pago de los gastos del procedimiento. Pero aquí lo que falla es la regulación del concurso sin masa, tal y como he denunciado repetidamente<sup>44</sup>. En suma, la existencia de salario no implica por sí sola que haya que descartar el concurso sin masa. Es más, en la práctica está siendo el caso más habitual.

#### 4. Conclusión del concurso por liquidación y obtención de la exoneración cuando el deudor tiene unos ingresos recurrentes (salario o pensión)

En el escenario de un deudor con un salario embargable, cuyo concurso se ha declarado con masa, si el deudor se acoge al itinerario de liquidación se plantea el problema de su duración ¿Hasta cuándo se puede prolongar la fase de liquidación detrayendo la parte del salario embargable para el pago de los acreedores? Como ya he señalado, forman parte de la masa activa las nóminas devengadas hasta la conclusión del concurso y el art. 465.6.º prevé la conclusión entre otras causas “*cuando se hayan liquidado los bienes y derechos de la masa activa y aplicado lo obtenido en la liquidación a la satisfacción de los créditos*”.

Teniendo en cuenta la finalidad de la exoneración que es la recuperación del deudor, según un criterio de interpretación teleológica (art. 3.3. CC) no se puede plantear el escenario de un concurso con liquidación abierta *sine die*<sup>45</sup>. Teniendo en cuenta que los salarios que forman parte de la masa activa son los devengados hasta la conclusión del concurso (art. 192 Texto Refundido de la Ley Concursal) y que el concurso concluye con liquidación de activos, es preciso poner un límite temporal para no entrar “en bucle” y que se eternice la liquidación<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> “Comentario art. 501 y 486 Texto Refundido de la Ley Concursal” en Pulgar Ezquerria, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tercera edición, III, Aranzadi La Ley, 2023, pp. 402 y ss. También en mi trabajo redactado junto a FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y CUENA CASAS, M. *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores*, III, Aranzadi, 2023, pp. 285 y ss.

<sup>45</sup> Esto es lo que se sugiere en los Acuerdos de unificación de criterios en Derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona al señalar en caso de concursado con salario “*si el deudor elige la modalidad de exoneración mediante liquidación, el Juez del concurso valorará en cada caso la posibilidad de liquidar los ingresos recurrentes que se encuentren por encima del mínimo inembargable, estableciendo la liquidación mensual de la parte embargable para pago de los créditos exonerables durante un plazo determinado*”. No se dice qué plazo sea y como he dicho, no cabe eternizar una liquidación con los costes que ello conlleva. En contra de una eterna liquidación se manifiesta GARCÍA OREJUDO, R., y RAFÍ ROIG, F., *La exoneración del pasivo insatisfecho. Actualizado tras la Ley 16/2022*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, p. 306: “No puede mantenerse ad infinitum la situación concursal del deudor en liquidación a fin de ir mes a mes liquidando sus deudas solamente con su salario”.

<sup>46</sup> En el caso enjuiciado en la sentencia 133/2024 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcalá de Henares de 25 de abril de 2024 se trataba de dos concursados, matrimonio, que tenían ambos ingresos recurrentes. Uno de los acreedores se opone a la solicitud de la EPI considerando que el salario de ambos superaba el salario mínimo interprofesional, pudiendo ser ejecutado el importe acumulado en virtud de lo dispuesto en el art. 607.3 LEC. Sorprendente oposición por parte del acreedor pues esta solo cabe articularla sobre la concurrencia o no de circunstancias previstas en art. 487 y 488 Texto Refundido de la Ley Concursal o extensión de la exoneración, pero no por la existencia de un salario que supere el mínimo inembargable. Tal circunstancia puede ser valorada a los efectos de la concurrencia o no de concurso sin masa,

A estos efectos hay que tener en cuenta el plazo del año previsto en el art.427 de duración de la fase de liquidación que si bien como es reconocido no supone la imposición de un plazo imperativo, a diferencia de la regla prevista en el art. 708 Texto Refundido de la Ley Concursal para el procedimiento de microempresas, puede servir de criterio temporal para la ejecución de la nómina embargable. En este sentido, transcurrido el plazo del año, deberá concluirse el concurso, no pudiendo las nóminas posteriores ser agredidas para el pago de créditos exonerados.

Me parece que esta solución tiene en cuenta todos los intereses en juego y, sobre todo, es respetuosa con la regulación y con la finalidad de la exoneración que no es otra que recuperar al deudor insolvente. Mientras no tengamos una reforma que articule mejor el acceso a la exoneración del deudor con ingresos recurrentes, habrá que respetar la ley. Por muy loables y, sin duda, bienintencionadas que sean las interpretaciones “correctoras”, creo que hay un bien supremo protegido constitucionalmente que debemos respetar y es la seguridad jurídica. No puede ser que la solución a la insolvencia del deudor dependa del juzgado en el que se resuelva su procedimiento y mucho menos, de convicciones contrarias al régimen de segunda oportunidad que guste o no, ha venido para quedarse. Es el legislador el que debe resolver los fallos regulatorios sin que haya que descargar en el juzgador la tarea que al primero compete.

---

pero no para denegar la exoneración. El Juzgado que desestima la oposición alegando que los ingresos recurrentes solo permitirían embargar el importe de 332 euros mensuales, no existiendo líquido suficiente para el pago de los créditos concursales que ascendían a 52.329 euros, debiéndose concluir el concurso por insuficiencia de masa. Insisto en que esa causa de oposición era improcedente en tal momento procesal.