



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47

 Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

DOCUMENTS DE TREBALL

INVESTIGACIÓ
(Beques a la investigació, 2012)

**Mesures de prevenció i
solució del
sobreendeutament dels
particulars a Catalunya**

Autors

Christian Herrera Petrus

Núria Mallandrich Miret

Vicente Pérez Daudí

Jesús Sánchez García

Ángel Serrano de Nicolás

Any 2012

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>. Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

ÍNDIX

INTRODUCCIÓ.....	7
EL TRACTAMENT DEL SOBREENDEUTAMENT. MARC NORMATIU.....	10
1. Reformes legislatives.....	10
A) Reial Decret Llei 8/2011, de 7 de juliol, de mesures de suport als deutors hipotecaris.....	10
B) Llei 37/2011 de 10 d'octubre, de mesures d'agilització processal.....	11
C) Reial Decret Llei 6/2012 de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos.....	12
D) Llei 5/2012, de 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'impost sobre les estades en establiments turístics del Parlament de Catalunya.....	17
E) Reial Decret Llei 27/2012, de 15 de novembre de 2012, per reforçar la protecció als deutors hipotecaris.....	18
F) Reial Decret Llei 3/2013, de 22 de febrer, de de febrer, pel qual es modifica el règim de les taxes en l'àmbit de l'Administració de Justícia i el sistema d'assistència jurídica gratuïta, que a través de la seva disposició final segona es regula un règim especial d'aplicació de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'Arrendaments Urbans als contractes d'arrendament que preveu la disposició addicional única del Reial decret llei 27/2012, de 15 de novembre, de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris.....	21
2. Propostes de reformes legislatives en curs.....	22
LA REGULACIÓ DEL SOBREENDEUTAMENT EN EL DRET COMPARAT....	25

1.	La regulació del sobreendeutament de les persones físiques, consumidors, a França.....	26
1.1.	Marc normatiu.....	26
1.2.	Àmbit d'aplicació de la llei.....	28
1.3.	Procediments de tractament del sobreendeutament.....	29
1.3.1.	Introducció.....	29
1.3.2.	El procediment davant de la comissió de sobreendeutament.....	30
2.	El tractament de les situacions de sobreendeutament dels particulars als Estats Units d'Amèrica.....	38
2.1.	Introducció.....	38
2.2.	Finalitats del concurs.....	39
2.3.	Efectes de la sol·licitud del concurs.....	39
2.3.1.	<i>Automatic Stay</i>	39
2.3.2.	Fixació dels béns del deutor subjectes al concurs.....	41
2.3.3.	Pèrdua de la propietat dels béns per part del deutor. Creació del "Estate" o de la massa activa.....	41
2.4.	El procediment de liquidació del Capítol 7.....	42
2.4.1.	Àmbit d'aplicació.....	42

2.4.2. Requisits previs de la sol·licitud.....	43
2.4.3. La sol·licitud de concurs.....	44
2.4.4. Nomenament del síndic, notificació de la sol·licitud de concurs als creditors i convocatòria de les parts a una reunió amb el síndic.....	44
2.4.5. Procediment de liquidació sense béns no exempts.....	45
2.4.6. Procediment de liquidació amb béns.....	46
2.4.7. El discharge. Possibilitats d'oposició per part dels creditors.....	46
2.5. El procediment de deajustament dels deutes d'un particular amb ingressos regulars.....	48
2.5.1. Àmbit d'aplicació.....	49
2.5.2. Procediment.....	50
2.5.3. Aprovació del pla i possible oposició dels creditors.....	51
2.5.4. El <i>discharge</i>	52
3. Entre França i els Estats Units d'Amèrica.....	53
EL TRACTAMENT DE LES SITUACIONS DE SOBREENDEUTAMENT.....	55
1. Propostes a nivell de dret civil material.....	55
1.1. Del debat de la dació en pagament de la regulació del sobreendeutament de la persona física, passant per la necessitat del pacte marcià.....	55

1.2. Actors i controladors del mercat hipotecari com a causants de les facilitats per al sobreendeutament.....	66
1.3. La responsabilitat patrimonial universal requereix la inembargabilitat de certs béns i respectar la dignitat de la persona.....	66
1.4. L'exigible diligència i prudència de les entitats de crèdit i les consegüents sancions a la seva inobservança.....	69
2. Propostes a nivell de dret processal.....	71
2.1. La defensa del deutor hipotecari a la venda extrajudicial.....	71
2.1.1. Introducció.....	71
2.1.2. La regulació legal.....	72
2.1.3. La interpretació jurisprudencial de la constitucionalitat de la venda extrajudicial.....	75
2.1.4. Les possibilitats processals.....	89
2.2. Sobreendeutament i concurs de persona física.....	104
2.2.1. Context regulatori del concurs de persona física.....	104
2.2.2. Algunes qüestions d'especial interès en la regulació del concurs de persona física.....	110
2.2.3. Conclusions i algunes propostes.....	124

INTRODUCCIÓ

En els últims temps es constant sentir a parlar del drama dels desnonaments i molt especialment dels desnonaments derivats de l'execució hipotecària. En els últims anys, com a conseqüència de la greu situació econòmica en la que es troba el nostre país, molts ciutadans s'estan trobant davant de la impossibilitat de fer front al pagament de les quotes derivades d'un crèdit o préstec hipotecari. Davant d'aquest impagament, l'entitat bancària titular del crèdit, inicia un procediment d'execució dirigit a realitzar el bé donat en garantia hipotecària amb la finalitat de cobrar el deute. Si bé aquesta situació ja és per si sola prou inquietant en la mesura que afecta a un dret fonamental com és el de tenir un habitatge digna a part de la dignitat de la persona per les circumstàncies en les que s'estan donant els llançaments, encara s'agreuja més quan s'analitzen altres conseqüències que es deriven del procediment d'execució. Com déiem, el procediment d'execució hipotecària persegueix la realització del bé per tal de poder satisfer el deute a costa del preu que s'obtingui de la seva venda en pública subhasta. No obstant, s'ha de tenir en compte que en aplicació del règim previst per la Llei d'Enjudiciament Civil, a la pràctica, d'acord amb l'art. 671, l'entitat executant s'acaba adjudicant el bé, per un import equivalent, en el cas de l'habitatge habitual, al del 60% del valor de taxació de l'immoble. Aquest import és en una gran quantitat de situació insuficient per a cobrir la totalitat del deute, motiu pel que una vegada subhastat l'habitatge el deutor es troba que encara deu part del préstec, més els interessos, més les costes ocasionades en el procés execució hipotecària. Aquesta quantitat pot ser posteriorment reclamada per part de l'executant a través d'un procediment d'execució forçosa.

No obstant, en realitat els desnonaments derivats de l'execució hipotecària són només la punta de l'iceberg d'un problema molt més ampli: La situació de sobreendeutament en la que es troben molts ciutadans. El terme sobreendeutament, poc utilitzat en el nostre país, però molt comú en els ordenaments jurídics de països veïns fa referència, en un sentit econòmic a l'assumpció d'un endeutament excessiu. Aquest endeutament excessiu jurídicament es sol vincular a l'aparició de determinades circumstàncies que fan

que el ciutadà s'acabi trobant davant de la impossibilitat de fer front als pagaments pendents.

Quan parlem de sobreendeutament, s'ha de ressaltar que no només estan sobreendeutades aquelles persones que es troben davant la impossibilitat de satisfer les quotes hipotecàries i com a conseqüència acaben sent el subjecte passiu d'un procediment d'execució hipotecària. El sobreendeutament es caracteritza perquè una persona es troba davant la impossibilitat de satisfer la totalitat de pagaments als que s'ha obligat. Estan sobreendeutades les persones que no poden pagar la hipoteca però també totes aquelles altres que no sent titulars d'un préstec hipotecari, també es veuen davant la impossibilitat de cobrir altres obligacions assumides, com pot ser el pagament de les rentes arrendatícies o altres despeses de la vida diària, com poden ser altres préstecs de consum o les factures de consums habituals.

A l'hora d'abordar el problema de buscar solucions al sobreendeutament, es pot afrontar des de diverses perspectives. En primer lloc, és possible analitzar el fenomen, intentant solucionar les diferents situacions particulars. Ens referim especialment a buscar solucions per a intentar mitigar, per exemple, les conseqüències de les execucions hipotecàries, dotant de més garanties i mecanismes d'actuació als deutors hipotecaris, però també és possible buscar una solució global per la situació de sobreendeutament.

A l'ordenament jurídic espanyol, el sobreendeutament globalment considerat s'ha regulat en l'àmbit del procés concursal. No obstant, la normativa concursal està pensada gairebé de forma exclusiva per a donar solució als problemes de solvència de les persones jurídiques però s'oblida en gran mesura de les persones físiques. Com s'exposarà en aquest treball l'escassa regulació que preveu la Llei Concursal (en endavant LC) per a tractar la insolvència de les persones físiques resulta, a més a més, de poca utilitat, ja que d'acord amb el règim previst per la LC davant la insuficiència de béns per a cobrir el deute, disposa la finalització del procediment. Com a conseqüència, els deutors particulars que s'acullen al procediment concursal, es veuen a la seva finalització sense una solució satisfactòria perquè continuen devent.

Davant d'aquesta resposta inefectiva del nostre ordenament jurídic, hem cregut convenient mirar les solucions a les que s'arriba en els ordenaments jurídics del nostre entorn. Amb aquesta finalitat hem examinat a nivell de dret comparat la normativa de sobreendeutament de dos països amb tradicions jurídiques ben diferents: França, de tradició continental i EEUU de tradició anglosaxona. Els dos preveuen procediments de tractament del sobreendeutament dels particulars que exoneren al deutor del deute pendent a la seva conclusió.

Com déiem al principi d'aquesta introducció, el sobreendeutament es pot abordar des d'una perspectiva global, però també es pot intentar solucionar alguns problemes concrets que provoca, com és el cas de la pèrdua de l'habitatge habitual. Per aquesta raó, hem incorporat algunes propostes de regulació legislativa que afecten l'àmbit del dret material i que van més enllà de la proposta, ja clàssica, d'acceptar la dació en pagament. Paral·lament, també hem decidit centrar la nostra atenció en dues qüestions més de caràcter processal. Hem analitzat la venda extrajudicial com a mecanisme alternatiu per a procedir a la realització del bé hipotecat en cas d'impagament. Si bé, des de que va començar la crisi de les execucions hipotecàries, a Catalunya les entitats bancàries han decidit acudir majoritàriament al procediment judicial d'execució hipotecària, s'ha detectat una tendència en els últims temps a acudir també a la venda extrajudicial davant de notari, motiu pel qual hem estimat rellevant prestar atenció a aquest tipus de procediment.

Finalment, en l'àmbit processal, hem estimat també important analitzar el procediment concursal i, especialment, les particularitats que presenta quan el deutor és una persona física, amb la finalitat de fer propostes de reforma legislativa que permetin, en la línia de les normatives de sobreendeutament que existeixen en altres ordenaments jurídics, que acabi sent un procediment eficaç també per als particulars.

EL TRACTAMENT DEL SOBREENDEUTAMENT. MARC NORMATIU

1.Reformes legislatives

A) Reial Decret Llei 8/2011, de 7 de juliol, de mesures de suport als deutors hipotecaris.

La modificació de l'article 671 de la Llei d'enjudiciament civil, mitjançant el RDL 8/2011, està dirigida a afavorir als executats hipotecaris. D'acord amb aquest precepte, l'executant podrà sol.licitar l'adjudicació del bé hipotecant per una quantitat igual o superior al 60% del seu valor de taxació, enlloc del 50% com es preveia abans de la reforma.

Si bé, aquesta reforma suposa un petit avanç, és insuficient, ja que en la major part dels supòsits aquest valor és insuficient per cobrir la totalitat del deute, de manera que, subastat l'habitatge, els deutors hipotecaris es troben davant la difícil situació d'haver perdut el seu habitatge i seguir devent una quantitat important a l'entitat bancària executant. Processalment recordem que aquesta quantitat pot ser reclamada per via executiva a través de l'art. 579 LEC que estableix que "quan una execució es dirigeixi exclusivament contra béns hipotecats o pignorats en garantia d'un deute dinerari s'estarà a allò que disposa el capítol V d'aquest Títol. Si subastats els béns hipotecats o pignorats, el seu producte fos insuficient per cobrir el crèdit, l'executant podrà demanar el despatx de l'execució per la quantitat que falti, i contra qui procedeixi, i l'execució continuarà d'acord amb les normes ordinàries aplicables a tota execució". La reforma de l'art. 671 LEC, si bé positiva ha estat durament criticada per ser insuficient. Institucionalment, per exemple, l'Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona, s'ha posicionat a favor d'elevat aquest límit al 80% en les execucions hipotecàries de l'habitatge habitual. Analitzant aquest problema PÉREZ DAUDÍ, proposava per la seva part que es modifiqués el

concepte de "producte" de l'article 579 de la Llei Processal, per tal d'adequar-lo a la realitat social i la pràctica bancària en què ens trobem¹.

Una altra novetat és la modificació de l'article 671, suprimint la possibilitat d'adquirir el bé "per tots els conceptes", de manera que l'executant únicament pot adquirir el bé pel 60% o per més del 60% del valor que va servir de tipus a la subhasta.

Tanmateix hem de tenir present que aquesta reforma va tenir un efecte limitat en el temps, ja que a través de l'article 37 de la Llei 37/2011 de mesures d'agilització processal, s'afegeix una nova disposició addicional sisena a la Llei d'enjudiciament civil, limitant els supòsits d'adjudicació del 60% del valor de taxació només a les execucions hipotecàries de l'habitatge habitual del deutor i tornant al 50% del valor de taxació per a la resta d'immobles, així com la possibilitat de poder-se'l adjudicar el creditor executant per la quantitat que se li degui per tots els conceptes en aquests supòsits.

Una altra de les novetats del RLD 8/2011, és l'augment del llindar de la inembargabilitat d'ingressos mínims familiars un cop produïda la transformació de l'execució hipotecària en definitiva, incrementant la quantitat inembargable que estableix l'article 607.1 de la LEC en un 50% i, a més, en un altre 30% del salari mínim interprofessional per cada membre del nucli familiar que no disposi d'ingressos propis regulars, salari o pensió, superiors al salari mínim interprofessional .

B) Llei 37/2011 de 10 d'octubre, de mesures d'agilització processal.

La Llei 37/2011 va modificar la redacció de l'article 579 LEC, en el sentit d'exigir a partir d'aquest moment que l'executant sol·liciti el despatx de l'execució per la quantitat que falti satisfer després de la subasta del bé

¹ PÉREZ DAUDÍ, V., "La conversión de la ejecución hipotecaria en definitiva: el concepto de producto y las consecuencias procesales", Revista Jurídica de Catalunya, vol 111, nº 1, 2012, pp. 63 a 93.

hipotecat². Ens trobarem doncs, davant d'un nou despatx de l'execució. La principal conseqüència d'aquesta reforma és que es permet que el deutor hipotecari es pugui oposar al despatx de l'execució, tant per qüestions de forma, com de fons, quan es produeix la conversió de l'execució hipotecària en definitiva.

Hem de tenir present que en el tràmit processal de l'article 579 de la Llei d'enjudiciament civil conflueixen tres títols. D'una banda tenim els decrets aprovant la taxació de costes i liquidació d'interessos i, de l'altra, la resolució amb el romanent pendent de pagament, en resultar insuficient l'immoble subhastat, sent diferents els motius d'oposició en un o altre títol³.

En els títols judicials els motius d'oposició s'hauran articular prèviament en el tràmit de liquidació d'interessos i taxació de costes, per evitar els efectes de la cosa jutjada. Tot i això, serà possible denunciar motius d'oposició a la posterior execució quan estiguem en supòsits de ius cogens que puguin ser apreciats d'ofici, si bé s'aconsella no deixar precluir els tràmits processals previs.

C) Reial Decret Llei 6/2012 de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos.

El Reial Decret Llei 6/2012, si bé d'escassa aplicació pràctica, suposa una transformació essencial en el dret d'obligacions, en general del règim previst pels articles 1255, 1256 i 1911 del Codi Civil i, en el dret hipotecari especialment de l'article 105 de la Llei Hipotecària.

Fa només dos anys era materialment impensable que el legislador pogués abordar una reforma legal en què es regulés la dació en pagament, fora de la previsió de l'article 140 de la LH.

² Abans d'aquesta reforma l'art. 579 LEC estava redactat en el següents termes: "...Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución".

³ PÉREZ DAUDÍ, V., "La conversión de la ejecución hipotecaria en definitiva: el concepto de producto y las consecuencias procesales", op. Cit.

El marc legal en què ens movíem era clar. Quan es documenta un préstec o crèdit amb garantia hipotecària en escriptura pública i inscrit en el Registre de la Propietat, s'està constituint una garantia real i dret de realització de valor sobre un bé immoble, per assegurar el compliment de l'obligació que es contreu. Així l'article 105 de la LH estableix que la hipoteca no altera la responsabilitat personal il·limitada del deutor, regulada a l'article 1911 del Codi Civil. El deutor està subjecte a la responsabilitat patrimonial universal, de manera que, tot i la garantia hipotecària, continua responent de les obligacions amb tots els seus béns presents i futurs. La Llei Hipotecària preveu a l'article 140 la possibilitat que les parts pactin expressament que l'obligació garantida només es realitzarà sobre el bé hipotecat, si bé és cert que aquest precepte no s'ha utilitzat en la pràctica.

Si el creditor executant opta per acudir al procés d'execució hipotecària, la Llei d'Enjudiciament Civil ha reforçat la seva posició. Com hem vist, l'art 579 LEC permet que quan l'import obtingut per la realització del bé hipotecat no satisfaci la totalitat del crèdit reclamat, se segueixi el procediment pels tràmits de l'execució ordinària.

Tanmateix, com deia al principi, el marc legal del RDL 6/2012, és clar i molt restrictiu, que fa que sigui inaplicable a la pràctica, tot i que ha obert una porta que ens fa albirar en un futur no gaire llunyà altres importants reformes , que estenguin la previsió legal que regula aquest RDL a molts supòsits.

El RDL 6/2012 intenta pal·liar els efectes de la crisi econòmica que pateix el nostre País i que ha provocat que moltes famílies com a conseqüència de la situació d'atur en què s'han vist abocades, no hagin pogut complir amb les obligacions creditícies assumides, especialment les derivades dels préstecs i crèdits hipotecaris per a l'adquisició de l'habitatge habitual, provocant una allau de procediments hipotecaris, amb la pèrdua de l'habitatge habitual per a aquestes i la subsistència d'un deute, en no cobrir el valor de l'immoble l'import total degut.

El RDL 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, regula diversos mecanismes conduents a permetre la reestructuració del deute hipotecari per aquelles persones que es troben en el llindar d'exclusió.

Es troben en el llindar d'exclusió aquells deutors d'un crèdit o préstec garantit amb hipoteca sobre el seu habitatge habitual, en el qual tots els membres de la unitat familiar no tenen rendes derivades del treball o activitats econòmiques, en què la quota hipotecària sigui superior al 60% dels ingressos nets que percebi el conjunt dels membres de la unitat familiar i que, a més, aquests no tinguin altres béns suficients per fer front al pagament del deute.

Les persones que es troben en aquesta situació podran sol·licitar i obtenir de l'entitat financera creditora la reestructuració del seu deute hipotecari, sempre que l'entitat creditora s'hagi adherit al Codi de Bones Pràctiques que regula el propi RDL.

El RDL també regula la dació en pagament en els supòsits d'habitatge habitual, per al cas que no sigui viable el pla de reestructuració ni les mesures complementàries.

La dació en pagament es podrà sol·licitar per part del deutor en el termini de dos mesos des de la sol·licitud de reestructuració, tenint l'entitat financera l'obligació d'acceptar el lliurament del bé hipotecat pel deutor a la pròpia entitat o a una tercera persona que aquesta designi, quedant definitivament cancel·lat el deute garantit amb hipoteca i les responsabilitats personals del deutor i de tercers.

A més a més, el deutor pot sol·licitar al creditor romandre durant un termini de dos anys a l'habitatge en concepte d'arrendatari, satisfent una renda anual del 3% del pressupost total de deute i el seu impagament donarà lloc a la meritació d'un interès de demora del 20%.

Finalment el RDL 6/2012 regula el procediment d'execució extrajudicial de l'habitatge habitual del deutor, que es durà terme en una única subhasta per a la qual servirà de tipus el pactat en l'escriptura de constitució d'hipoteca. En

aquest sentit, queda adjudicat l'habitatge a qui presenti la millor postura amb un valor igual o superior al 70% del valor pel qual el bé hagués sortit a subhasta. Si la postura inicial és inferior al 70% el deutor podrà presentar un tercer que millori la esmentada postura, en el termini de 10 dies. En cas contrari, s'adjudicarà l'habitatge per un import igual o superior al 60% del valor de taxació a instàncies del creditor en el termini de cinc dies. Si el creditor no fa ús del seu dret s'entendrà adjudicada, al postor que presenti la millor postura, sempre que la quantitat oferta superi el 50% del valor de taxació o, si és inferior, cobreixi, almenys, la quantitat reclamada per tots els conceptes. Si en l'acte de la subhasta no hi ha cap postor, el creditor pot demanar l'adjudicació per import igual o superior al 60% del valor de taxació.

El concepte d'exclusió és molt rígid, ja que parla d'una unitat familiar sencera sense ingressos per treball ni activitats econòmiques:

- II. Es consideraran situats al llindar d'exclusió aquells deutors d'un crèdit o préstec garantit amb hipoteca sobre el seu habitatge habitual, quan concórreguen totes les circumstàncies següents:
 - a. Que tots els membres de la unitat familiar no tinguin rendes derivades del treball o d'activitats econòmiques. A aquests efectes s'entendrà per unitat familiar la composta pel deutor, el seu cònjuge no separat legalment o parella de fet inscrita i els fills amb independència de la seva edat que resideixin a l'habitatge.
 - b. Que el conjunt dels membres de la unitat familiar no tingui altres béns o drets patrimonials suficients amb els que pugui fer front al deute.

La norma tal com està redactada ens porta a haver d'interpretar el què s'ha d'entendre per "béns o drets patrimonials suficients". Per exemple, si hereto 40.000 euros i he de 60.000 euros, no puc cancel·lar el deute existent, però em pot permetre viure durant un període de temps pagant la quota hipotecària. Haurà necessàriament esperar aquesta família esgotar els diners per incórrer en la previsió legal de l'exclusió? Hagués estat més lògic establir un llindar

d'ingressos de tal manera, que, tot i tenir algun ingrés, per exemple, els justos per viure que es podrien objectivitzar amb relativa facilitat, pogués realitzar la dació en pagament.

L'art 7 del RDL preveu que aquelles persones que es beneficiïn de les mesures previstes en aquesta normativa sense complir els requisits exigits, respondran dels danys i perjudicis causats. També seran responsables aquelles persones que es mantinguin voluntàriament dins del llindar d'aplicació del RDL per aconseguir la seva aplicació. Aquesta previsió pot donar lloc a situacions realment injustes, ja que, per posar un exemple, a una família de cinc persones en què un d'ells obté ingressos que arriba només al salari mínim interprofessional i amb el que viuran tots els membres de la família, no compleix els requisits d'aplicació del RDL i per tant, queda subjecte a les conseqüències de l'art., perquè tenen ingressos per rendiments del treball o d'activitats econòmiques.

Altres crítiques que poden fer-se al RDL són:

- Es continuen meritant interessos moratoris, encara que moderats.
- Els costos de la formalització són a càrrec de la part que ho sol·liciti.
- En matèria de l'ITP és insuficient la previsió legal, ja que només parla de novacions contractuals i no de la transmissió i arrendament, el que hagués estat desitjable per als casos de dació en pagament.
- S'estableix un substitut de contribuent i no s'exonera la plusvàlua municipal.
- La redacció de l'article 14 és contradictòria amb el que disposa l'article 3, ja que si una família té ingressos per rendiments de treball o activitats econòmiques, ja no és al llindar d'exclusió i, per tant, no li és aplicable l'article 14 i, per extensió, tampoc qualsevol altre del text legislatiu.

D) Llei 5/2012, de 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'impost sobre les estades en establiments turístics del Parlament de Catalunya.

El novembre de 2011, es va crear un grup de treball en el si del Síndic de Catalunya, per fer propostes d'esmena en relació a l'execució hipotecària i al sobreendeutament de les persones físiques, així com per afavorir l'accés a l'habitatge social.

Una de les iniciatives que des del Síndic es va presentar al Parlament de Catalunya, aprofitant el tràmit parlamentari de la Llei de mesures fiscals que acompanyava els pressupostos generals de la Generalitat de Catalunya, va ser la de proposar reformes fiscals que permetessin la novació total o parcial dels crèdits i préstecs hipotecaris, mitjançant l'exempció d'un 100% de la tributació.

Fruit d'aquests treballs i propostes d'esmena, és la regulació a través de l'article 63 de la Llei 5/2012, d'una bonificació del 100% en la quota tributària de l'impost sobre el L'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats, amb un límit de 500.000 euros de la base la novació dels crèdits hipotecaris, en què es pacti la modificació sobre el tipus d'interès inicialment pactat o vigent o l'alteració del termini del crèdit o dues modificacions, així com una bonificació del 100% en la quota tributària d'aquest impost quan la transmissió de l'habitatge habitual es faci pel propietari a favor de l'entitat financera creditora, o d'una filial immobiliària del seu grup, perquè no pot fer front al pagament dels préstecs o crèdits hipotecaris concedits per a la seva adquisició, sempre que el transmissor continuï ocupant l'habitatge mitjançant contracte d'arrendament amb opció de compra signat amb l'entitat financera. La durada de l'esmentat contracte d'arrendament ha de ser pactat, com a mínim, per deu anys, sense perjudici del dret de l'arrendatari de tornar a adquirir l'habitatge abans de la finalització d'aquest termini. L'import màxim d'aquesta bonificació es fixa en la quantia equivalent a l'aplicació del tipus impositiu sobre els primers 100.000 euros de base imposable.

Són mesures preventives que intenten evitar, en la mesura que sigui possible, l'exclusió social i la judicialització de l'assumpte, permetent que molts deutors que no poden fer front de forma temporal als seus préstecs hipotecaris, posposin el pagament de la quota o modifiquin l'import acordat, sense que aquesta novació estigui subjecta al pagament de l'ITP.

És evident que si un deutor no pot fer front al pagament de la quota hipotecària mensual, difícilment podrà assumir els costos fiscals de l'acord que arribi amb l'entitat bancària, en fixar-se la base de l'impost sobre la quantia total del préstec hipotecari i no sobre els imports que s'hagin posdatat o renovat parcialment.

D'aquesta manera es possibilita arribar a acords entre les entitats bancàries i els deutors hipotecaris, evitant els processos d'execució hipotecària i que un important nombre de famílies quedin privades del seu habitatge habitual, i, per tant, posar en risc el dret a l'accés a un habitatge que preveu l'article 47 de la Constitució.

E) Reial Decret Llei 27/2012, de 15 de novembre de 2012, per reforçar la protecció als deutors hipotecaris.

Malgrat les bones intencions de l'exposició de motius⁴, destinat a suspendre els llançaments sobre habitatges habituals en els termes que estableixen els dos

⁴ "La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual.

El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos, requiere que, del mismo modo, y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social.

Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a

articles del RDL 27/2012, de 15 de novembre, els restrictius requisits exigits per la normativa fa que les possibilitats de poder beneficiar-se de la mesura de suspensió siguin molt limitades.

D'acord amb l'article 1.1: «fins transcorreguts dos anys des de l'entrada en vigor d'aquest Reial decret- llei, no és procedent el llançament quan en un procés judicial o extrajudicial d'execució hipotecària s'ha adjudicat al creditor, o persona que actuï per seu compte, l'habitatge habitual de persones que es trobin en els supòsits d'especial vulnerabilitat i en les circumstàncies econòmiques que preveu aquest article ». No obstant, tal i com avançàvem al paràgraf anterior l'aplicació pràctica d'aquest precepte queda àltament limitada a la vista de la regulació que es fa del concepte “d'especial vulnerabilitat” i al fixar les circumstàncies econòmiques que han de complir els deutors per poder acollir-se a aquesta normativa. D'acord amb l'art. 1.2 del RDLlei 27/2012, es troben en una situació d'especial vulnerabilitat les famílies que compleixin un dels requisits següents:

- a) Ser Família nombrosa, de conformitat amb la legislació vigent.
- b) Es tracti d'una unitat familiar monoparental amb dos fills a càrrec.
- c) Es tracti d'una unitat familiar en la que hi hagi un de tres anys.

causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección.

Sin perjuicio de la necesidad de abordar una reforma más en profundidad del marco jurídico de tratamiento a las personas físicas en situación de sobreendeudamiento y, en particular, de analizar mejoras sobre los mecanismos de ejecución hipotecaria, en este momento se requiere una intervención pública inmediata que palie las circunstancias de mayor gravedad social que se viene produciendo.

A estos efectos se aprueba este real decreto-ley, cuyo objeto fundamental consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas...”

d) Es tracti d'una unitat familiar en què algun dels seus membres tingui declarada discapacitat superior al 33%, situació de dependència o malaltia que l'incapaciti de forma permanent per realitzar una activitat laboral.

e) Es tracti d'una unitat familiar en la qual el deutor hipotecari es trobi en situació d'atur i hagi esgotat les prestacions per desocupació.

f) Es tracti d'una unitat familiar amb la qual convisquin, en el mateix habitatge, una o més persones que estiguin unides amb el titular de la hipoteca o el seu cònjuge per vincle de parentiu fins al tercer grau de consanguinitat o afinitat, i que es trobin en situació personal de discapacitat, dependència, malaltia greu que els incapaciti de manera temporal o permanent per realitzar una activitat laboral.

g) Es tracti d'una unitat familiar en què hi hagi una víctima de violència de gènere, d'acord amb el que estableix la legislació vigent, en el cas que l'habitatge objecte de llançament constitueixi el seu domicili habitual.

Paral·lelament, per a poder acollir-se a aquesta normativa, els deutors hauran de trobar-se en una situació econòmica que es situï dins dels límits següents:

a) Que el conjunt dels ingressos dels membres de la unitat familiar no superi el límit de tres vegades l'indicador públic de renda d'efectes múltiples.

b) Que, en els quatre anys anteriors al moment de la sol·licitud, la unitat familiar hagi patit una alteració significativa de les seves circumstàncies econòmiques, en termes d'esforç d'accés a l'habitatge.

c) Que la quota hipotecària sigui superior al 50 per cent dels ingressos nets que percebi el conjunt dels membres de la unitat familiar.

d) Que es tracti d'un crèdit o préstec garantit amb hipoteca que recaigui sobre l'únic habitatge en propietat del deutor i concedit per a l'adquisició d'aquesta.

Aquest Reial decret llei ha estat convalidat pel Congrés dels Diputats i actualment s'està tramitant com a Projecte de Llei de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris.

F) Reial Decret Llei 3/2013, de 22 de febrer, de de febrer, pel qual es modifica el règim de les taxes en l'àmbit de l'Administració de Justícia i el sistema d'assistència jurídica gratuïta, que a través de la seva disposició final segona es regula un règim especial d'aplicació de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'Arrendaments Urbans als contractes d'arrendament que preveu la disposició addicional única del Reial decret llei 27/2012, de 15 de novembre, de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris.

Concretament s'estableix que els contractes d'arrendament que se subscriuguin en el marc de l'encàrrec al Govern que preveu la disposició addicional única del Reial decret llei 27/2012, de 15 de novembre, de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, es consideren contractes d'arrendament d'habitatge i estaran subjectes a la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans, excepte en allò que preveuen els articles 9 i 18, amb les especialitats que es regulen a continuació.

La durada d'aquests contractes d'arrendament serà de dos anys, prorrogables per un any. Així mateix als sis mesos de produït l'impagament de la renda sense que aquest s'hagi regularitzat en la seva integritat, l'arrendador podrà iniciar el desnonament de l'arrendatari. Transcorregut el termini de duració del contracte, si l'arrendatari no desallotja l'habitatge, l'arrendador podrà iniciar el procediment de desnonament.

2. Propostes de reformes legislatives en curs.

Des del començament de la X legislatura s'han presentat diverses reformes legislatives en matèria d'execució hipotecària.

Així podem citar:

l) Iniciativa legislativa popular de regulació de la dació en pagament, de paralització dels desnonaments i de lloguer social, presentat al Congrés el 13 de desembre de 2011, per l'advocat Martí Batllori Bas, que va ser admesa a tràmit el 12 de febrer de 2013, aprovant-se per la Cambra el 12 febrer 2013 la seva tramitació acumulada amb el Projecte de Llei de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris (procedent del Reial Decret Llei 27/2012, de 15 de novembre).

- Neix per la tramitació i admissió d'una iniciativa legislativa popular amb més de 1.400.000 firmes.
- Pretén que si el bé executat és l'habitatge habitual del deutor, aquest pugui sol·licitar abans de la subhasta del lliurament del bé hipotecat en pagament del deute garantit, quedant saldat el total deute garantit.

Com a conseqüència d'això, el creditor no podria continuar la seva acció judicial contra el deutor amb la finalitat de cobrar la totalitat del crèdit, perquè aquest quedaria saldat, sempre que el deute provingués de la garantia sobre l'habitatge habitual.

- Pretén la paralització de la tramitació de les execucions hipotecàries sobre habitatge habitual del deutor, quan l'impagament sigui per motius aliens a la voluntat d'aquest, continuant el deutor en l'habitatge com arrendatari per un termini màxim de cinc anys. La renda d'aquest lloguer no podrà ser superior al 30% dels ingressos mensuals de l'arrendatari.

- Els processos iniciats amb anterioritat a l'aprovació d'aquesta proposició quedarien afectats pel seu contingut sempre i quan no s'hagués celebrat la subhasta. Si ja s'hagués celebrat subhasta, el creditor no podrà continuar la seva acció contra el deutor pel crèdit restant. Si ja s'ha iniciat l'execució dinerària, el deute pendent reclamat quedarà automàticament saldat.

II) Proposició de llei de mesures contra el sobreendeutament personal i de protecció davant procediments d'execució que afecten persones naturals, incloent el dret a l'habitatge, presentada pel Grup Parlamentari d'IU, ICV-EUiA, CHA: L'Esquerra Plural, presentat al Congrés dels Diputats el 24 de gener de 2012 i conclòs per haver estat rebutjat el juny de 2012.

III) Proposició de llei relativa a la dació en pagament i la protecció de les persones físiques, presentat davant el Congrés dels Diputats pel Grup Parlamentari d'Unió Progrés i Democràcia el 14 de desembre de 2011 i conclòs per haver estat rebutjat al març de 2012.

IV) Proposició de llei de modificació de la Llei 1/2007 d'Enjudiciament Civil, per la moratòria hivernal dels desnonaments, presentada pel Grup Parlamentari Entesa pel Progrés de Catalunya al Senat (BOCG, Senat, de 2012.03.21). Aquesta proposició de llei està rebutjada des del 25 d'abril de 2012.

V) Moció 90/IX, de 2012.04.11, del Parlament de Catalunya, per tal de garantir la defensa dels consumidors en situació de sobreendeutament i de pèrdua de l'habitatge (BOPC de 2012.04.16).

VI) Proposició de llei de mesures contra el sobreendeutament personal i familiar i de protecció davant procediment d'execució hipotecària de l'habitatge habitual, presentat al Congrés dels Diputats el 31 de juliol de 2012 i presa en consideració des del 15 d'octubre de 2012.

VII) Proposició de llei de mesures contra el desnonament, el sobreendeutament i la insolvència, presentat pel Grup Parlamentari Socialista el 25 d'octubre de 2012 i conclòs per haver estat rebutjat el desembre de 2012.

VIII) Proposició de llei de mesures contra el sobreendeutament personal i de protecció davant procediments d'execució que afecten persones naturals, incloent el dret a l'habitatge, presentada pel Grup Parlamentari d'IU, ICV-EUiA, CHA: L'Esquerra Plural, presentat al Congrés dels Diputats el 12 de novembre de 2012, en presa de consideració des del 5 de febrer de 2013.

IX) Proposició de llei de mesures contra el sobreendeutament personal i familiar i de protecció davant procediments d'execució hipotecària d'habitatge habitual, presentat davant el Congrés dels Diputats pel Grup Parlamentari Català, el 13 de novembre de 2012, en presa de consideració des del 5 de febrer de 2013.

X) Aprovació pel Parlament de Catalunya d'un projecte de llei contra el sobreendeutament hipotecari i de protecció enfront dels procediments d'execució que afecten l'habitatge habitual, pendent de tramitació al Congrés dels Diputats d'una Proposició de Llei de Mesures.

XI) Projecte de Llei de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris (procedent del RDL 27/2012, de 15 de novembre), presentat al Congrés el 19 de novembre de 2012.

El projecte suposa la tramitació parlamentària posterior a la convalidació del R. Decret-Llei 27/2012.

Per tant, preveu el que indicava aquest Reial decret llei:

- Paralització dels llançaments derivats d'execucions hipotecàries sobre l'habitatge habitual de les persones que es consideren en situació d'especial vulnerabilitat que, a més, reuneixin els requisits econòmics previstos en aquesta disposició; requisits que han d'acreditar davant el jutge (o notari, si l'execució és extrajudicial) competent en l'execució.

- Previsió de creació d'un fons social d'habitatges de les entitats de crèdit destinades a oferir cobertura a aquelles persones desallotjades del seu habitatge habitual per l'impagament d'un préstec hipotecari, quan concorrin en elles les circumstàncies de vulnerabilitat i econòmiques previstes en el citat Reial Decret-Llei. Aquest fons social d'habitatges tindria per objectiu facilitar l'accés a aquestes persones a contractes d'arrendament amb rendes assumibles en funció dels ingressos que perceben.

- Aquesta norma és aplicable als processos judicials (o extrajudicials) d'execució hipotecària que s'haguessin iniciat a l'entrada en vigor del Reial Decret Llei indicat, en els que no s'hagués procedit al llançament.

S'han formulat esmenes pels grups parlamentaris i està pendent el treball en la Comissió d'Economia i Sostenibilitat i com hem indicat es tramitarà conjuntament amb l'ILP sobre dació en pagament.

LA REGULACIÓ DEL SOBREENDEUTAMENT EN EL DRET COMPARAT

En el dret comparat són molts els Estats que han regulat expressament procediments de solució de les situacions de sobreendeutament de les persones físiques. En el nostre entorn més immediat disposen de lleis reguladores del sobreendeutament França, des de l'any 1989; Alemanya, des de 1994⁵; Itàlia; Bèlgica; els Països Baixos; Portugal; Anglaterra i els EEUU entre altres. En canvi, no existeix normativa comunitària vinculant.

L'anàlisi del dret comparat ens portarà a veure com existeixen determinats elements comuns a les legislacions de tots aquests Estats, tot i que poden tenir

⁵ En relació amb la regulació feta a l'ordenament jurídic alemany veure FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 110 a 116; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El Sobreendeudamiento Doméstico: Prevención y Solución*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 96 a 101; ZUFERRI ARQUÉ, G., "El concurso de la persona física: modelo alemán", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 2012, pp. 459 a 472.

diferents variants en el seu desenvolupament. Els pilars en els que s'assenten aquestes normatives són:

- La existència de diferents sistemes o procediments de tractament del sobreendeutament. En general, es sol trobar un procediment dirigit a adoptar un pla de sanejament o de reorganització del pagament del deute i, un procediment de naturalesa liquidatoria dels béns.
- Es contempla la cancel.lació del deute pendent de pagament a la finalització del procediment.

A continuació analitzarem la regulació que es fa de la matèria a l'ordenament jurídic francès com a exemple la l'aplicació d'aquest tipus de normatives en un país de tradició jurídica continental i, posteriorment el nordamericà com a model de sistema anglosaxó.

1. La regulació del sobreendeutament de les persones físiques, consumidors, a França

1.1. Marc normatiu

L'ordenament jurídic francès regula el tractament de les situacions de sobreendeutament al Títol III (Traitement des situations de surendettement), del Llibre III (Endettement), arts. L330-1 a L334-3 del Code de la Consommation. Com es pot observar, França a diferència d'altres estats, que o bé opten per a promulgar una llei de sobreendeutament independent o bé a incorporar les disposicions de solució del sobreendeutament en la normativa concursal, ha optat per a incorporar aquestes disposicions dins de l'àmbit del dret del consum. Com veurem, una de les principals conseqüències que es deriven d'aquesta decisió legislativa és la limitació de l'aplicació d'aquestes normes a les persones físiques per deutes de consum, excloent-se, per tant, aquells

deutes que hagin estat contrets com a conseqüència d'una activitat comercial o empresarial.

L'altre element a destacar és que aquesta normativa s'incorpora en el Llibre III del Codi de la Consommation que regula diferents qüestions relatives amb l'endeutament i especialment, adopta mesures de protecció dels consumidors en matèries tals com el crèdit al consum, el crèdit immobiliari i els préstecs hipotecaris.

La normativa de tractament del sobreendeutament dels consumidors a França va ser incorporada a l'ordenament jurídic francès l'any 1989 amb l'aprovació de la Llei de 31 de desembre de 1989, també anomenada, Loi Neiertz. Des de la seva aprovació l'any 1989, la normativa de sobreendeutament ha estat revisada i modificada en diverses ocasions. La més rellevant d'elles es va donar probablement amb la Llei 2003/710, d'1 d'agost, també anomenada Loi Borloo, que va introduir la procédure de rétablissement personnel o el procediment de restabliment personal de marcat caràcter liquidatori.

Són també destacables les reformes dutes a terme, ja en època de crisi econòmica, mitjançant la Llei nº 2010/1609 de 22 de desembre. Entre les principals novetats cal destacar aquelles que estan dirigides a reduir el temps de tramitació del procediment. El legislador es va adonar que l'eficàcia del procediment de tractament de les situacions de sobreendeutament depèn en gran mesura de la rapidesa en la que les mesures que s'hi poden adoptar es posin en funcionament. En aquest tipus de supòsits el factor temps juga en contra del deutor que fins que no s'adopta una solució veu incrementar-se les seves dificultats financeres⁶. Paral·lelament també s'han ampliat les facultats de decisió de la comissió de sobreendeutament.

⁶ CADORET, Vincent, "Rétablissement personnel: Il ne faut pas confondre vitesse et précipitation. A propos de l'avis de Cour de Cassation du 24 juin 2005", L'actualité du droit de la Consommation, 6/2006, p. 10.

1.2. Àmbit d'aplicació de la llei

D'acord amb l'art. L330-1 del Code de la Consommation la situació de sobreendeutament de les persones físiques es caracteritza per la impossibilitat manifesta del deutor de bona fe de fer front al conjunt dels seus deutes, no professionals, vençuts i exigibles⁷. Tal i com s'ha anunciat a l'apartat anterior, la normativa objecte d'anàlisi s'aplica únicament a les persones físiques, respecte dels deutes que no s'hagin contret com a conseqüència d'una activitat professional. D'acord amb l'art. L333-7 els empresaris individuals es podran acollir a aquesta normativa però únicament respecte al patrimoni que no estigui afecte a l'activitat empresarial. En aquest últim cas, la normativa a seguir és la regulada pels Títols II a IV del Llibre VI del Codi de Comerç.

El mateix article L330-1 especifica que queden inclosos aquells deutes que la persona física hagi adquirit com a conseqüència d'un afiançament o de forma solidària amb un empresari individual o una societat. L'element determinant és que el deute, encara que vagi vinculat a un empresari individual o una societat s'hagi adquirit personalment, desvinculat de tota activitat professional per la seva part.

A més a més, la llei exigeix que el deutor sigui de bona fe. En un marc teòric es sol distingir entre el sobreendeutament actiu i el passiu. El sobreendeutament actiu vindria determinat per aquelles situacions en les que el deutor voluntàriament i conscient assumeix més obligacions de les que la seva situació econòmica li permet. En canvi, el sobreendeutament passiu s'associa a una incapacitat sobrevinguda de fer front als deutes contrets que es deriva de fets aliens a la voluntat del deutor, com poden ser un acomiadament o l'empitjorament de les condicions laborals, una separació conjugal, una malaltia

⁷ Art. L330-1 Code de la Consommation: "La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée".

greu o la defunció d'un familiar, entre altres⁸. Al respecte, quan l'art. L330-1 del Code de la Consommation exigeix la concurrència de bona fe del deutor, està limitant l'aplicació de la normativa a aquells supòsits que s'identifiquen com a sobreendeutament passiu⁹.

Finalment, el precepte analitzat exigeix que el deute sigui vençut i exigible. Per tant, no es possible acollir-se a aquest procediment en prevenció, quan el venciment del deute està pendent i el deutor, preveu que no li serà possible, arribat el moment, de fer front al seu pagament.

A nivell objectiu, l'art. L330-1 del Code de la Consommation precisa que el fet que el deutor sigui propietari de la seva residència habitual, no pot ser considerat com un impediment a l'hora de determinar si existeix una situació de sobreendeutament.

1.3.Procediments de tractament del sobreendeutament

1.3.1. Introducció

El Code de la Consommation francès regula dos tipus procediments diferents per a tractar les situacions de sobreendeutament en funció dels actius dels que disposi el deutor i els deutes als que hagi de fer front. L'art. L330-1 distingeix entre el "procédure de redressement" o procediment de recuperació que es tramita davant d'un òrgan de naturalesa administrativa, la comissió de sobreendeutament; i la "procédure de rétablissement personnel" o procediment de restabliment personal que, a la vegada pot ser, sense liquidació judicial quan el deutor no disposi que de més patrimoni que el necessari per desenvolupar la seva vida quotidiana, o amb liquidació judicial quan disposi d'algun bé de valor que pugui ser realitzat per a pagar els deutes pendents. El

⁸ FERNÁNDEZ CARRON, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 17 (nota).

⁹ Segons CABESOS en un estudi publicat l'any 2006, el 64% del sobreendeutament a França l'any 2001 era passiu, mentre que l'actiu representava el 36% del total. CABESOS, Florent, "Traitement des situations de surendettement", *L'actualité du droit de la consommation*, ADC, 2006/11, p. 16.

procediment de restabliment personal s'aplica en aquells supòsits en els que el deutor es troba en una situació "irremediament compromesa" (situation irrémédiablement compromise". D'acord amb la circular ministerial de 28 d'agost de 2011 un deutor es troba en una situació irremediament compromesa quan té una capacitat de reemborsament del deute nul·la o gairebé nul·la, sense perspectives de millora a terme mig. Per a la seva determinació es tenen en compte conjuntament una sèrie d'elements com és la situació personal, familiar i professional del deutor, sense que l'edat del deutor es pugui tenir en compte com a únic element per a la seva determinació. També es considerarà que un deutor es troba en aquesta situació quan s'iniciïn diferents procediments de tractament del sobreendeutament de forma successiva i sigui impossible adoptar mesures de repagament en els terminis establerts per la llei.

Tot i que legalment es puguin distingir els procediments descrits en el paràgraf anterior, hem decidit descriure'ls a sistematitzant-los en funció de l'òrgan competent per a la seva tramitació. Aquesta decisió es deu a què, el Code de la Consommation exigeix, en tot cas, que la sol·licitud es presenti davant de la comissió de sobreendeutament i és aquesta, que després d'analitzar la situació del deutor, decideix quin ha de ser el procediment a seguir, amb remissió de l'expedient a l'òrgan judicial competent sempre que sigui oportú.

1.3.2. El procediment davant de la comissió de sobreendeutament

A) Presentació de la sol·licitud, admissió a tràmit i determinació del procediment a seguir

Com s'ha indicat, el deutor haurà de presentar la seva sol·licitud de tractament del sobreendeutament davant de la comissió de sobreendeutament. Aquesta sol·licitud haurà d'incloure una declaració tant dels elements actius com passius que integren el seu patrimoni.

Presentada la sol·licitud la comissió disposa d'un termini de 3 mesos per examinar que aquesta compleix els requisits establerts a l'art. 330-1 del Code de la Consommation i en cas afirmatiu, admetre-la a tràmit¹⁰, examinar la situació econòmica en la que es troba el deutor i decidir el tipus de procediment pel qual s'ha de tramitar l'expedient. Admesa a tràmit la sol·licitud, aquesta es notificarà tant al deutor, com als creditors, com a les entitats de crèdit en les que el deutor hi tingui algun compte obert.

Els creditors disposaran d'un termini de 30 dies per a impugnar la relació de crèdits que hagi fet constar el deutor a la sol·licitud. Paral·lelament, la comissió de sobreendeutament podrà sol·licitar la informació que estimi rellevant d'organismes públics i privats als efectes de determinar l'estat econòmic del deutor. Instruïda la causa, la comissió decidirà el procediment pel qual s'ha de tramitar l'expedient.

Contra les resolucions dictades per la comissió relatives a l'admissió i a la determinació del procediment es pot interposar recurs davant del "Tribunal d'Instance".

L'art. L331-3-1 del Code de la Consommation, regula els efectes de l'admissió a tràmit de la sol·licitud. El principal efecte de l'admissió a tràmit de la sol·licitud és la suspensió dels procediments d'execució dinerària que estiguin tramitant-se contra el demandat¹¹. No obstant, l'admissió a tràmit de la sol·licitud no suspèn els procediments d'execució no dinerària, tot i que l'art. L331-3-2 del Code de la Consommation preveu que la pròpia comissió de sobreendeutament pugui sol·licitar a l'òrgan judicial competent la suspensió del llançament de l'executat quan es tracti del seu habitatge habitual. L'admissió a tràmit també té com a efecte la suspensió o prohibició de què el deutor realitzi qualsevol pagament d'un deute que no sigui d'aliments, o que pugui prestar

¹⁰ El límit temporal de 3 mesos va ser establert per la Llei 2010/1609, de 22 de desembre. Amb anterioritat la comissió de sobreendeutament disposava d'un termini de 6 mesos per a examinar la sol·licitud i decidir sobre la seva admissibilitat.

¹¹ Fins a l'aprovació de la llei 2010/1609, la suspensió no tenia caràcter automàtic sinó que el deutor l'havia de sol·licitar-la davant dels òrgans jurisdiccionals. Veure DESSERTINE, Laurence, "L'autonomie affirmée des procédures d'exécution et des procédures de surendettement. Commentaire de l'arrêt rendu par Cass, 2eme, CIV., 22 mars 2001, Caton", Droit 21, juillet 2001, pp. 1-4.

garanties. La regla anterior pot ser excepcionada ja que la llei permet que el deutor pugui sol·licitar al jutge autorització per a realitzar algun d'aquests actes. La suspensions i prohibicions derivades de l'admissió a tràmit es mantindran fins a la finalització del procediment ja sigui mitjançant l'aprovació d'un pla convencional de recuperació o hi hagi una homologació de les proposades per la comissió en el cas que es tramiti una "procédure de redressement", o bé es procedeixi a obrir un procediment de restabliment personal. En qualsevol cas, la duració màxima de la suspensió o la prohibició no podrà ser superior a un any.

És possible avançar la producció dels efectes suspensius i prohibitius descrits en el paràgraf anterior a un moment anterior a l'admissió a tràmit. En els casos que així es pretengui, el deutor haurà de fer la correspondent petició davant de l'òrgan judicial competent.

A nivell social, l'admissió a tràmit de la sol·licitud permet al deutor accedir als ajuts per l'habitatge, així com altres mesures d'ajut social.

B) La procédure de redressement o procediment de recuperació

Tal i com s'ha indicat la comissió de sobreendeutament ha de decidir el procediment a través del qual s'ha de tramitar l'expedient. L'opció ordinària que procedirà sempre i quan la situació del deutor no sigui tan compromesa (*situation irrémédiablement compromise*) que la comissió estimi que és impossible adoptar mesures de tractament del deute, serà acudir al procediment de recuperació. Es tracta d'un procediment de naturalesa fonamentalment amistosa en el que es busca arribin a un acord sobre el pagament del deute, anomenat pla convencional de recuperació. D'acord amb l'art. L331-6 del Code de la Consommation, en aquesta fase la comissió tindrà com a finalitat conciliar a les parts per a què aquestes arribin a un acord. A la pràctica la comissió proposa un pla al deutor i als creditors, podent-lo acceptar, refusar o proposar-ne un d'alternatiu¹².

¹² CABESOS, Florent, "Traitement des situations de surendettement", op. cit., p. 19.

El contingut del pla és ampli. Aquest pot incloure mesures que suposin un aplaçament o renegociació dels termes de pagament del deute, una quita sobre el principal, la supressió o reducció dels interessos i, inclús, la creació o substitució de garanties. A més a més, el pla haurà de contenir els termes de la seva execució. En concret, s'haurà de preveure la seva duració total, que no podrà superar els 8 anys amb excepció de les mesures que afectin el pagament dels crèdits i préstecs hipotecaris que podran tenir una duració superior.

En el cas que no fos possible arribar a un acord entre el deutor i els creditors, l'art. L331-7 del Code de la Consommation permet que la comissió de sobreendeutament adopti, sense necessitat de resolució judicial determinades mesures entre les que es troben les següents:

- Acordar l'aplaçament del pagament dels deutes per un termini màxim de 8 anys.
- Acordar que els pagaments es carreguin sobre el capital.
- Establir un tipus d'interès reduït que pot ser inferior inclús a l'interès legal de diner.
- Suspendre l'exigibilitat dels crèdits per un termini no superior a dos anys. S'exceptua l'aplicació d'aquesta norma als crèdits per aliments. Transcorregut aquest termini la comissió de sobreendeutament pot proposar l'adopció d'altres mesures o la transformació del procediment en un procediment de restabliment personal.

Paral·lelament a les anteriors, l'art. 331-7-1 també preveu determinades mesures, que han de ser adoptades per part del jutge, prèvia recomanació per la comissió de sobreendeutament. Es tracta de mesures que per la seva naturalesa són de caràcter més gravós, ja sigui pel deutor com pels creditors. Es poden destacar les següents:

- La venta forçosa de l'habitatge habitual del deutor.

- La cancel·lació parcial dels crèdits combinat amb alguna de les mesures previstes per l'art. L331-7. No poden ser cancel·lats aquells deutes que hagin estat satisfets per part d'un fiador. En canvi, la norma sí que és aplicable respecte als deutes fiscals.

L'adopció de les mesures previstes a l'art. L331-7 així com la proposta d'adopció de les mesures de l'art. L331-7-1 es notificarà a les parts qui podran oposar-se a la seva adopció en el termini de 15. La impugnació s'haurà de formular davant de l'òrgan judicial.

C) Procediments davant de l'òrgan jurisdiccional.

a. Homologació de les mesures proposades per la comissió

Tal i com s'ha indicat adoptades o proposades les mesures d'acord amb els arts. L331-7 i L331-7-1, les parts podran oposar-se a la seva adopció en el termini de 15 dies des de la notificació de la resolució dictada per la comissió de sobreendeutament.

Durant la tramitació d'aquest procediment el jutge podrà ordenar l'execució d'una o varies de les mesures adoptades o proposades per la comissió, donat que les mesures no tenen caràcter executiu fins que el jutge es pronunciï sobre l'homologació o en el seu cas, la impugnació.

En el cas que no es formuli oposició el jutge es pronunciarà sobre l'homologació de les mesures proposades per la comissió sense entrar a valorar les que han estat adoptades en virtut de l'art. L330-7. Amb aquesta finalitat el jutge verificarà la regularitat de les mesures proposades així com també el seu fonament. En canvi, quan es formuli la oposició, el jutge s'haurà de pronunciar sobre la totalitat de les mesures, tant les de l'art. L330-7, com les de l'art. 330-7-1.

- b. La “procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire” o procediment de restabliment personal sense liquidació judicial.

Tal i com indicàvem anteriorment, si bé el sistema francès parteix de l'aplicació amb caràcter preferent del procediment de recuperació o “procédure de redressement” que es basa en l'aplicació d'una serie de mesures destinades a reorganitzar el pagament del deute, en aquells supòsits en els que la situació econòmica del deutor sigui d'una gravetat extrema que no pugui fer front a un pla de pagaments, es preveu la possibilitat que la comissió de sobreendeutament proposi acudir a un procediment dirigit a declarar la impossibilitat del deutor de fer front al pagament del deute i restablir la seva situació, declarant cancel·lat el deute. El procediment de restabliment personal o la “procédure de rétablissement personnel” d'acord amb l'art. L330-1 del Code de la Consommation es pot tramitar en dues variants: 1) sense liquidació judicial, quan es constati que el deutor no té més béns que els necessaris per atendre a les seves despeses ordinàries o que els seus actius estan compostos únicament per béns desprovistos de valor o en els que les despeses en les que s'incorrerà per a realitzar-los són manifestament desproporcionades; 2) amb liquidació judicial, quan el deutor es trobi igualment en una situació “irremediablement compromesa” però disposi d'algun bé que pugui ser venut.

En aquells casos en els que la comissió de sobreendeutament estimi que l'expedient s'ha de tramitar d'acord amb les disposicions relatives al procediment de restabliment personal sense liquidació judicial, la comissió remetrà l'expedient al jutge del “tribunal d'instance”. La tramitació d'aquest procediment és senzilla ja que el jutge es limita a constatar que concorren les circumstàncies econòmiques necessàries per a poder acollir-se al mateix. En el cas que així ho estimi la seva actuació, sempre i quan no hi hagi oposició per part dels creditors, es limitarà a dotar de força executòria a la recomanació de la comissió de sobreendeutament.

La resolució mitjançant la qual es confereixi força executòria a la recomanació de la comissió de sobreendeutament, tindrà per efecte cancel·lar la totalitat dels deutes deguts amb l'excepció d'aquells previstos als arts. L333-1 i L333-1-2 del

Code de la Consommation. D'acord amb aquestes disposicions no són cancel·lables els deutes d'aliments; les indemnitzacions per danys i perjudicis derivades de la responsabilitat penal; determinats deutes a la seguretat social; entre altres. Tampoc es cancel·laran els deutes que hagin estat pagats per un tercer en qualitat de fiador o com a codeudor sol·lidari.

Dictada la resolució per part de la comissió de sobreendeutament mitjançant la qual es decideix tramitar l'expedient pels tràmits del procediment de restabliment personal sense liquidació judicial, els creditors disposaran d'un termini de 15 dies a comptar des de que se'ls notifiqui la resolució, per a oposar-se. En la decisió d'aquest incident, la llei reconeix al jutge àmplies facultats. Pot decidir repetir la crida als creditors, analitzar, inclús d'ofici, la validesa dels crèdits, així com també la dels títols que els suporten, i adoptar qualsevol mesura d'instrucció que li pugui semblar d'utilitat. En definitiva, se li permet verificar i reproduir part o la totalitat de la tasca instructora que ha realitzat la comissió de sobreendeutament per arribar a la conclusió que el deutor es trobava en les circumstàncies exigides per l'art. L330-1 del Code de la Consommation per poder acollir-se a aquest tipus de procediment.

L'incident d'impugnació es pot concloure en tres sentits diferents. Si el jutge estima que la recomanació de la comissió s'ajusta a la legalitat, li conferirà força executiva. Una altra opció és que arribi a la conclusió que l'expedient s'hauria de tramitar com un procediment de restabliment personal amb liquidació judicial. En aquest cas ordenarà reconduir l'expedient a aquest tipus de procediment. Finalment, si arribés a la conclusió que la situació del deutor és "irremediablement compromesa", reenviarà l'expedient a la comissió de sobreendeutament per tal que es tramiti com un procediment de recuperació.

- c. La "procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire" o procediment de restabliment personal amb liquidació judicial.

Instruït l'expedient per part de la comissió de sobreendeutament, si aquesta arriba a la conclusió que el deutor es troba en una situació "irremediablement

compromesa” en els termes de l’art. L330-1 del Code de la Consommation, i que a la vegada disposa d’algun bé de valor que podria ser objecte de venda (com per exemple un bé immoble) podrà proposar al deutor acollir-se al procediment de restabliment personal amb liquidació judicial i remetre l’expedient al “tribunal d’instance”. Per a què l’expedient es pugui tramitar per aquest procediment, serà necessari que el deutor presti el seu consentiment exprés. En cas que es negués, l’expedient seguiria els tràmits del procediment de recuperació.

Remès l’expedient a l’òrgan judicial competent, el jutge convoca al deutor i als creditors coneguts a l’audiència d’obertura. Aquesta audiència tindrà per objecte principal, la ratificació del deutor en la seva decisió d’acudir a aquest procediment de naturalesa liquidatòria, la constatació què el deutor compleix els requisits exigits per a què el seu assumpte es pugui tramitar per aquest procediment i si la sol.litud s’ha formulat de bona fe. A més a més, en funció de la situació en la que es trobi el deutor el jutge podrà recomanar-li la sol.litud d’algun ajut social. A l’audiència el jutge també podrà decidir nombrar un interventor a qui li encarregarà la tasca de confeccionar un balanç del l’actiu i el passiu del deutor.

Si en qualsevol moment del procediment el jutge estimés que la situació del creditor no és “irremediablement compromesa”, podrà donar per finalitzat el procediment i reenviar l’expedient a la comissió de sobreendeutament. També podrà decidir tramitar la sol.litud pel procediment de restabliment personal sense liquidació judicial.

Celebrada l’audiència, d’igual manera que es preveu pel procediment de restabliment personal sense liquidació judicial, el secretari judicial, donarà publicitat de l’inici del procediment per tal que els creditors que no hagin assistit a l’audiència d’obertura puguin oposar-se a l’inici del procediment en el termini de 2 mesos.

Una vegada s’hagin resolt les impugnacions presentades, el jutge nombrarà a un liquidador que podrà ser el mateix interventor per a què procedeixi a la

venta dels béns del deutor en el termini màxim de 12 mesos i repartir el producte de la venda entre els creditors. Liquidats els béns, sempre i quan el valor dels mateixos hagi estat suficient per a cobrir la totalitat del deute, el jutge declararà la finalització del procediment, en cas que siguin insuficients, també declararà la finalització del procediment per insuficiència dels béns a la vegada que declararà la cancel·lació dels deutes pendents amb excepció de aquells que no siguin cancel·lables, segons s'ha exposat anteriorment.

2. El tractament de les situacions de sobreendeutament dels particulars als Estats Units d'Amèrica.

2.1. Introducció.

L'ordenament jurídic nord-americà dóna solució al sobreendeutament dels particulars de forma conjunta amb els problemes financers de les persones jurídiques a través del seu sistema concursal. El procediment concursal als EUA està regulat principalment en l'anomenat Bankruptcy Code de 1978¹³ i en les Federal Rules of Bankruptcy Procedure respecte als aspectes processals.

El Bankruptcy Code preveu diferents tipus de procediment que s'identifiquen pel número del capítol en què es troben regulats. La diferència entre ells es troba o bé en la seva finalitat (liquidació o reorganització) o en el seu àmbit d'aplicació subjectiu. Així, el capítol 7 regula el procediment de liquidació que és aplicable tant a persones físiques com jurídiques. El Capítol 11 preveu el procediment de reorganització pensat en principi per persones jurídiques encara jurisprudencialment també s'ha reconegut la seva aplicació a les persones físiques. El Capítol 13 titulat "Reajustament dels deutes d'un particular amb ingressos regulars" és un procediment de reorganització previst especialment per a particulars. Els capítols 9 i 11 regulen procediments especials de reorganització per entitats municipals¹⁴, grangers i pescadors¹⁵,

¹³ The Bankruptcy Reform Act aprovada el 1978, va entrar en vigor l'1 de octubre de 1979.

¹⁴ Adjustment of Debts of a Municipality.

¹⁵ Adjustment of Debts of an Individual with regular Income.

respectivament. Finalment el Capítol 15 preveu normes per als concursos internacionals. Com el propi text legal indica en la seva secció 1501 en aquest capítol s'han incorporat les disposicions de la Llei Model de la CNUDMI sobre insolvència transfronterera.

Als efectes d'aquest treball, centraré la meva atenció principalment en els procediments aplicables als particulars amb caràcter general, és a dir, el de liquidació que preveu el capítol 7 i el d'ajust de deutes del capítol 13.

2.2. Finalitats del concurs.

El procediment concursal als Estats Units compleix una doble finalitat¹⁶. La primera d'elles, fonamental i pròpia de tot procediment concursal, consisteix precisament en perseguir que a través del mateix s'aconsegueixi un repartiment equitatiu dels béns del deutor entre tots els creditors.

La segona finalitat és la rehabilitació del deutor, l'anomenat "discharge", que permet un "fresh start" o un nou començament per al deutor que, a través d'aquesta institució, veu cancel·lades totes o una gran quantitat dels seus deutes. Com algun autor ha assenyalat es tracta d'una funció no essencial del concurs com a institució¹⁷. No obstant això, presenta un gran arrelament en el sistema concursal nord-americà, constituint-se com un dels grans beneficis per als deutors que s'acullen al concurs.

2.3. Efectes de la sol·licitud del concurs.

2.3.1. Automatic Stay

La presentació de la sol·licitud de concurs per qualsevol dels procediments regulats en el Bankruptcy Code, produeix *ope legis*, sense necessitat de declaració expressa, l'"automatic stay" o paralització automàtica. D'acord amb la secció 362 BC es tracta d'una ordre general de paralització o prohibició

¹⁶ TABB, C.J., *The Law of Bankruptcy*, Foundation Press, 2nd ed, New York, 2009 p. 1.

¹⁷ Loc. Cit.

d'iniciació de qualsevol procediment, ja sigui extrajudicial, judicial o administratiu contra el concursat, dirigit a reclamar qualsevol deute que pugui tenir contra ell. Això inclou la paralització fins i tot de les execucions hipotecàries.

Les excepcions al "automatic stay" són molt limitades constituint principalment processos judicials que no tenen relació amb el concurs. Es tracta per exemple de processos penals, de determinació de la paternitat, divorci (excepte la dissolució del règim econòmic matrimonial), custòdia de els fills i règim de visites, entre d'altres¹⁸.

Aquest efecte paralitzant, llevat disposició en contra, s'estén al llarg de tot el procediment concursal¹⁹. Per evitar abusos, s'exceptua aquest efecte en determinats casos en què en el termini de l'any anterior a la presentació del concurs s'hagi presentat una altra sol·licitud que hagi estat sobreseguda. En aquest cas, l'"automatic stay" tindrà una durada només de 30 dies encara que és possible que el deutor sol·liciti al jutge la seva pròrroga dins d'aquest mateix termini.

Una particularitat del procediment del capítol 13 de reajustament del deute consisteix precisament en l'extensió del "automatic stay" a aquell codeudor que hagi assumit responsabilitat personal en el deute. Amb això es pretén protegir els codeutors que en cas contrari, com a conseqüència de la iniciació del concurs es veurien automàticament perseguits pels creditors del concursat, al mateix temps que es pretén, sobretot, protegir la viabilitat del pla de reorganització que podria veure's truncada per les accions dels creditors²⁰.

¹⁸ Sección 363 (b)

¹⁹ Sección 363 (c)

²⁰ National Consumer Law Center, Consumer Bankruptcy Law and Practice, Boston, 2009, Vol. I, p. 153.

2.3.2. Fixació dels béns del deutor subjectes al concurs.

La presentació de la sol·licitud del concurs també determina la fixació dels béns en aquest moment, subjectant-los al concurs i impedit que els creditors singulars puguin accedir-hi en detriment dels altres creditors.

2.3.3. Pèrdua de la propietat dels béns per part del deutor. Creació del "Estate" o de la massa activa.

La massa activa del concurs o "estate" estarà constituïda com a regla general per tots aquells béns que tingui el deutor en la data de presentació de la sol·licitud del concurs²¹. No obstant això, quan el concurs es tramiti pel procediment de reajustament de deutes del capítol 13, la massa activa es compondrà de tots els béns del deutor anteriors a la sol·licitud però també de tots aquells que obtingui amb posterioritat fins al seu tancament, el seu sobreseïment o fins que sigui convertit en un dels procediments dels Capítols 7, 11 o 12.

A partir del moment de presentació de la sol·licitud, el deutor perd automàticament la propietat dels béns que constitueixen la massa activa. En finalitzar el procediment concursal li seran retornats, tots els béns en el cas del procediment de reajustament de deutes del capítol 13, o aquells béns que estiguin exempts si el concurs es tramita pel procediment de liquidació del capítol 7.

En relació amb la possessió, si el procediment es tramita pel Capítol 13, el deutor podrà mantenir la possessió dels seus béns. En canvi, si s'opta per la liquidació del Capítol 7, el deutor perdrà la possessió dels mateixos en la mesura que aquests s'han de posar a disposició del síndic als efectes de ser liquidats.

²¹ Secció 541 (a)

2.4. El procediment de liquidació del Capítol 7.

2.4.1. Àmbit d'aplicació.

A) Àmbit d'aplicació subjectiu.

El procediment de liquidació del Capítol 7 és aplicable a qualsevol persona física o jurídica que tingui el seu domicili, lloc de negoci o béns als Estats Units amb les excepcions previstes en la secció 109 BC²².

B) Àmbit d'aplicació objectiu. El test de recursos o "means test".

En el procediment concursal nord-americà tradicionalment l'elecció del procediment a seguir, entre el de liquidació o el de reajustament de deutes, s'havia considerat una opció a favor del deutor. No obstant això, al llarg de els anys a través de successives reformes aquesta possibilitat d'opció per als particulars, entre el procediment del capítol 7 i el del capítol 13, s'ha vist limitada. El 1984 sota la pressió de la indústria creditícia que veia pujar constantment el nombre de concursos presentats anualment al mateix temps que el crèdit al consum²³, es va aprovar una reforma del Bankruptcy Code de 1978, la Bankruptcy Amendments and Federal Judge Act (BAFJA), que reformava la secció 707 BC en el sentit de permetre a l'òrgan judicial sobreseure l'assumpte si estimava que la petició substanciada acord amb els tràmits del capítol 7 constituïa un "abús substancial"²⁴.

Posteriorment el 2005 es va aprovar una nova reforma de la secció 707 a través de la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act, mitjançant la qual s'introduïa en aquest article un "test de recursos" o "means test" que constitueix una sèrie de regles que determinen els supòsits en què un

²² Principalment, companyies de ferrocarrils, companyies d'assegurances, companyies d'assegurances estrangeres o bancs estrangers.

²³ SKEEL, Dept's Domanion, Princetown University Press, Princetown, 2001, pp. 191 i ss.

²⁴ En realitat la introducció d'aquesta valoració judicial va ser una solució de consens entre els partidaris d'introduir el "means test" i aquells que desitjaven que l'opció entre el Capítol 7 i 13 continués sent una decisió del deutor. Loc Cit. p. 196.

particular pot acollir-se al procediment de liquidació del Capítol 7. En cas de no superar el procediment la petició serà sobreseguda llevat que el deutor consenti en la seva conversió al procediment del capítol 13. D'acord amb la secció 707, podran acollir-se al procediment de liquidació directament aquells particulars els ingressos dels quals estiguin per sota de la mitjana per les unitats familiars de la mateixa grandària que les del deutor. Respecte d'aquells deutors que superin aquesta mitjana hauran acollir-se al test de recursos. A través de l'aplicació d'unes fórmules establertes en el precepte, es determina si el deutor té ingressos disponibles suficients per atendre els pagaments d'un pla d'acord amb els requisits establerts pel Capítol 13. En cas afirmatiu, el concurs no podrà tramitar-se a través del procediment del capítol 7. Ha de ser o bé sobresegut o bé reconvertit al procediment del capítol 13.

2.4.2. Requisits previs de la sol·licitud.

En els 180 dies previs a la presentació de la sol·licitud, el deutor ha d'assistir a una reunió informativa sobre assessorament creditici duta a terme per una organització sense ànim de lucre o una agència especialitzada aprovada per el Síndic dels Estats Units.

El contingut d'aquestes reunions pot variar en funció de l'organisme al qual s'acudeixi en la mesura que aquest no ve delimitat expressament pel text legal. A la pràctica solen ser reunions de curta durada que poden tenir lloc fins i tot de manera telefònica o a través d'internet. El seu cost aproximat és d'entre 50 i 100 dòlars.

La realització d'aquesta reunió informativa és un requisit de procedibilitat. La seva absència o la seva realització fora del termini implicaran el sobreseïment del cas. Es tracta d'un requisit formal que no obstant això pot tenir conseqüències molt negatives de cara al deutor ja que la mateixa llei veta la possibilitat de presentar una nova sol·licitud fins que no hagin transcorregut 180 dies. Això pot ser especialment nociu en aquells casos en què la sol·licitud es presenti de forma urgent, estant pendent, per exemple, un procediment

d'execució hipotecària, o l'execució d'altres béns que es veurien paralitzats amb la iniciació del procediment concursal.

2.4.3. La sol·licitud de concurs

La sol·licitud del concurs s'ha de fer a través de la presentació d'un formulari oficial en què s'han de fer constar les dades del deutor, el tipus de deutor que es tracta (persona física, comerciant o no, persona jurídica), el procediment pel qual s'opta, l'import estimat del deute i dels béns del deutor. També es fa aportar el justificant del pagament de les taxes corresponents i la realització de la reunió informativa sobre assessorament creditici.

A la sol·licitud s'hi han d'adjuntar també una llista dels creditors i codeutors, un justificant del número de la seguretat social, la relació dels actius i els passius, una declaració dels assumptes financers, i, relació dels ingressos mensuals disponibles.

2.4.4. Nomenament del síndic, notificació de la sol·licitud de concurs als creditors i convocatòria de les parts a una reunió amb el síndic.

Presentada la sol·licitud es procedirà al nomenament provisional d'un síndic entre una llista de persones habilitades. Aquest exercirà les seves funcions fins a la celebració de la primera reunió amb els creditors i el deutor (secció 341 BC) en la qual amb caràcter general serà ratificat el seu càrrec. Aquesta reunió, dirigida pel síndic, té per objecte principalment la declaració del deutor sobre la seva situació econòmica i l'estat de l'actiu i passiu.

Tant la sol·licitud de concurs, com el nomenament del síndic, com la data de la celebració de la reunió s'ha de comunicar al deutor, així com també a tots els creditors que hagin estat inclosos en la relació presentada pel deutor.

2.4.5. Procediment de liquidació sense béns no exempts

El procediment previst en el Capítol 7 té per finalitat liquidar tots els béns als efectes de convertir-los en diners per poder pagar de forma proporcional tots els crèdits que tinguin els creditors. Sense perjudici d'això, val dir que en un gran nombre d'ocasions les sol·licituds de concurs que es presenten són sense que hi hagi cap actiu per liquidar o com a mínim sense actius que no estiguin exempts de la liquidació. En aquests casos, fetes les oportunes comprovacions per part del síndic, aquest declararà el concurs tancat, i a continuació es procedirà a declarar el "discharge" per part del òrgan judicial.

Com s'ha indicat, si bé el procediment del Capítol 7 persegueix liquidar els béns del deutor amb la finalitat de poder pagar proporcionalment els deutes existents, no tots els béns són liquidables, sinó que legalment s'estableixen una sèrie d'exempcions. Es tracta de béns que es consideren indispensables per a la vida del deutor i perquè aquest pugui tornar a començar de nou²⁵. D'acord amb la secció 522 del Bankruptcy Code està exempta fins al valor de \$ 21.625 la propietat que el deutor utilitzi com a residència habitual, un vehicle de motor fins a la quantitat de 3.450 \$, pel que fa a béns personals, com mobles, estris de la llar, roba, llibres, els equivalents a un import màxim de 11.525 \$ acumulats, sense que el valor individual de cada un d'ells pugui superar \$ 550; joies per valor no superior a 1.450 \$; llibres i eines professionals per valor de \$ 2175, entre altres. Aquestes exempcions són les principals previstes per la legislació federal. No obstant això, cal tenir en compte que precisament en matèria de exempcions molts dels Estats ostenten la seva pròpia normativa. Quan això sigui així, el deutor podrà triar entre aplicar les exempcions que preveu l'BC o bé les de la Llei estatal, llevat que els estats hagin optat per aplicar les exempcions estatals preceptivament.

En qualsevol cas, les exempcions mai afectaran les càrregues i embargaments que pugui haver sobre els béns.

²⁵ National Consumer Law Center, Consumer Bankruptcy Law and Practice, op. Cit. p. 196.

2.4.6. Procediment de liquidació amb béns.

A diferència del cas anterior, en els supòsits en què el deudor tingui suficients béns no exempts, es procedirà a la liquidació dels mateixos. Per això, un cop determinada la massa activa, es posarà al síndic en possessió de tots els béns, procedint aquest a la seva venda, ja sigui de forma privada o mitjançant pública subhasta. A continuació es procedirà a repartir el producte de la venda entre tots els creditors de manera proporcional però en atenció a la preferència del seu crèdit. En primer lloc s'hauran de pagar els crèdits assegurats i posteriorment els no assegurats. Entre aquests últims s'ha de procedir seguint l'estricta ordre de prioritats establert per la secció 507²⁶. El deute que pertanyi a una determinada categoria prioritària s'haurà de pagar de manera íntegra abans que pugui passar-se a satisfer els deutes de la categoria següent.

En relació amb els deutes assegurats, el síndic només procedirà a la venda del bé sempre que aquest tingui un valor superior al deute que assegura. En cas contrari, procedirà en abandonar el bé a favor del creditor. A partir d'aquest moment el creditor serà lliure per poder executar el bé i satisfer el seu deute del producte que obtingui. Com es pot observar en tenir el bé gravat un valor inferior al deute, el producte que s'obtingui no serà suficient per poder cobrir la quantitat total deguda. Aquesta diferència té la consideració de deute no assegurat i com a tal es pagarà segons l'ordre de preferència establert per la secció 507. En el cas que no hi hagi béns suficients per cobrir-la, aquesta serà cancel·lada a un cop s'obtingui el "Discharge".

2.4.7. El discharge. Possibilitats d'oposició per part dels creditors.

Finalitzat el procediment, el jutge procedirà amb caràcter general a concedir el "discharge", és a dir, emetrà una ordre a través de la qual s'ha d'acordar la

²⁶ D'acord amb la secció 507, l'ordre de prioritats és el següent:

- Obligacions domèstiques.
- Despeses administratives causades pel concurs
- Quantitats degudes als treballadors dins dels 180 dies previs al concurs però només fins al límit de \$11.725 per cadascun.
- Altres crèdits específics com el crèdit que ostenten els productors de gra contra el propietari de magatzems de gra; o el crèdit que ostenten els consumidors fins a un màxim de \$1800 pels dipòsits efectuats a proveïdors.

cancel·lació de tots els deutes del concursat, impedit que els creditors puguin perseguir el deutor a partir d'aquest moment.

Si bé el "discharge" és la regla general, també s'ha de tenir en compte que, d'una banda que no tots els deutes són cancel·lables, i de l'altra, que la mateixa Llei preveu situacions en què el "discharge" pot ser denegat.

a) Deutes no cancel·lables.

El llistat dels deutes no cancel·lables es troba regulat a la secció 523. Es tracta de supòsits que per raons d'ordre públic s'ha estimat convenient negar el benefici de la cancel·lació del deute.

Els principals deutes no cancel·lables són: alguns impostos; els deutes no llistats en la sol·licitud de concurs; obligacions de tipus familiar com els aliments a familiars o les pensions a fills i exparella; danys causats de forma deliberada i maliciosa; multes i sancions governamentals; préstecs d'estudis; deutes per causa de mort o per danys personals causats com a conseqüència de conduir sota els efectes de l'alcohol o de drogues; els deutes en què el "discharge" va ser denegat en un concurs anterior.

b) Supòsits de denegació del "discharge"

Si bé la manera normal de terminació del procediment és a través de la concessió del "discharge" per part del jutge, existeixen determinats supòsits en què la Llei nega aquest efecte. Es tracta majoritàriament de casos en que hi ha hagut un ús fraudulent del procediment o en què no s'han complert tots els pressupostos legals. Els supòsits de denegació estan regulats en la secció 727 BC. Entre aquests es pot destacar: la transferència fraudulenta de béns en l'any immediatament anterior a l'inici del concurs; la comissió de delictes relacionats amb el concurs com pot ser el fals testimoni; impossibilitat d'explicar la pèrdua de béns; negativa a testificar davant una ordre judicial; la comissió

d'actes prohibits en el concurs; la renúncia al discharge; o la no realització del curs de gestió financera dins el termini establert legalment.

Existeix també una limitació de caràcter temporal de gran importància pràctica. Quan el concurs es tramiti pel procediment del Capítol 7 no serà possible declarar el "discharge" quan s'hagi obtingut una altra en els últims 8 anys si el procediment anterior també es va tramitar pel Capítol 7, o 6 anys si es va tramitar pel Capítol 13.

2.5. El procediment de reajustament de les deute d'un particular amb ingressos regulars.

El procediment de reajustament de deute és un procediment en el qual, a diferència del que preveu el capítol 7, no es busca la immediata liquidació de els béns del deutor, sinó que es pretén que el deutor concursat es posi al dia del pagament dels seus deutes a través del seguiment d'un pla de pagaments que tindrà una durada de 3 o 5 anys. En finalitzar aquest termini, si el deutor ha complert amb tots els pagaments també es procedirà a ordenar el "Discharge" dels deutes pendents.

Per definició, es tracta d'un procediment molt més atractiu per als creditors, especialment els que tenen crèdit no assegurat, ja que amb ell aquests poden aconseguir el pagament de més part del deute pendent que a través del procediment del capítol 7. És per això que durant anys la indústria creditícia (que té crèdits no assegurats i sense prioritat d'acord amb la secció 507) ha pressionat tant per aconseguir que s'incorpori un "means test" o test de recursos que impedeixi als deutors amb certa capacitat de pagament acudir al procediment de liquidació.

A canvi, aquest procediment permet als deutors conservar la propietat dels seus béns, alhora que es beneficien d'algunes de les avantatges del concurs com pot ser l'"automatic stay", que recordem, en aquest cas s'estendrà també als codeutors amb la finalitat d'evitar que pugui frustrar-se el pla de pagaments.

2.5.1. Àmbit d'aplicació.

A) Àmbit d'aplicació subjectiu.

D'acord amb la secció 109 (d) BC podran sol·licitar l'inici del procediment de reajustament de deutes tots aquells particulars que tinguin uns ingressos regulars que en el moment d'efectuar la sol·licitud tinguin un deute no contingent, líquid i no assegurat inferior a 360.475 \$ i un deute no contingent, líquid i assegurat inferior a 1.081.400 \$.

Com es pot observar, aquest apartat (i) de la secció 109 BC, a diferència del règim previst per al procediment de liquidació, restringeix la aplicabilitat d'aquest procediment únicament a les persones físiques. No s'exigeix que aquestes siguin consumidors sinó que el procediment regulat en el capítol 13 és aplicable tant a consumidors com a empresaris individuals.

El segon requisit per poder acollir-se a aquest procediment és que els subjectes tinguin ingressos regulars. Això inclou òbviament a aquelles persones que tinguin un salari derivat del treball però també a pensionistes o altres ingressos que puguin ser considerats com regulars. En qualsevol cas, la regularitat dels ingressos ha de ser determinada en cada supòsit concret, havent-se acceptat fins i tot el pagament de comissions²⁷.

B) Àmbit d'aplicació material.

a) Limitació del deute.

Tal com s'ha indicat, la secció 109 BC estableix uns límits màxims de deute a què pot incórrer el deutor per poder acollir-se a aquest procediment. En concret el deute no contingent, líquid i no assegurat no podrà superar l'import de 360.475 \$ i un deute no contingent, líquid i assegurat ha de ser inferior a

²⁷ National Consumer Law Center, Consumer Bankruptcy Law and Practice, op. Cit. p. 49.

1.081.400 \$. Aquest import s'actualitza cada tres anys, havent-se practicat la darrera l'any 2010.

Sempre que el deute superi aquests límits el deutor haurà de triar entre el procediment de liquidació del Capítol 7 o el de reorganització del Capítol 11 que encara que està pensat per a persones jurídiques, jurisprudencialment s'ha reconegut la possibilitat que també els particulars hi puguin acudir

- b) Els creditors han de percebre com a mínim el mateix que en el procediment de liquidació.

Un altre requisit per poder triar aquest procediment és que el pla de pagaments que proposi el deutor permeti en el termini de 3 o 5 anys que els creditors recuperin com a mínim la mateixa quantitat que percebrien si s'opta pel procediment de liquidació del Capítol 7.

- c) Requisits del pla de pagaments.

Per poder acollir-se al procediment de reajustament de deute del capítol 13 és necessari que el pla de pagaments que proposi el deutor faci possible el pagament de la totalitat del crèdit que tingui prioritat de conformitat amb la secció 507.

El pla tindrà una durada de 3 o 5 anys depenent de si els seus ingressos disponibles superen o no la mitjana estatal d'ingressos per una família del mateixa mida. En el cas que els ingressos siguin inferiors a la mitjana, la durada del pla serà de 3 anys.

2.5.2. Procediment.

Abans de la presentació de la sol·licitud, el deutor haurà, com en el procediment del capítol 7, d'assistir a una reunió informativa sobre

assessorament creditici. El no compliment d'aquest requisit també determinarà el sobreseïment del cas i la consegüent impossibilitat de presentar una nova sol·licitud dins dels 180 dies següents.

Presentada la sol·licitud, que amb caràcter general ha de complir els mateixos requisits que s'han assenyalat per als casos tramitats pel procediment de liquidació, es procedirà al nomenament del síndic. A diferència del procediment del capítol 7, el síndic en els concursos tramitats pel procediment de reajustament de deute del capítol 13, sol ser sempre una mateixa persona nomenada pel Síndic dels EUA.

L'inici del procediment i el nomenament del síndic seran notificats als creditors, es procedirà a citar als mateixos, així com també al deutor, a una compareixença, dirigida pel síndic, que té per objecte interrogar al deutor sobre la seva situació econòmica i també sobre els termes del pla de pagaments proposat.

Aportat el pla, el deutor té l'obligació de començar a efectuar els pagaments en ell proposats transcorreguts 30 dies a comptar de la presentació de la sol·licitud de concurs. Aquests pagaments s'hauran de realitzar al síndic qui temporalment retindrà els fons fins al moment en què el pla sigui aprovat pel jutge. Aprovat el pla es procedirà al seu repartiment entre els creditors.

2.5.3. Aprovació del pla i possible oposició dels creditors.

Com s'ha indicat, el pla de reajustament de deute ha de ser aprovat pel Jutge si es considera que aquest compleix els requisits legalment establerts de conformitat amb la secció 1322. És a dir, s'han de complir tant els requisits relatius a la durada del pla com els relatius al tipus de pagament que s'ha de fer. En cas contrari el jutge pot denegar la seva aprovació conferint un termini al deutor perquè presenti una segona proposta. També se li permet que el deutor sol·liciti la transformació del procediment al de liquidació previst en el Capítol 7. En el cas que el pla no sigui finalment aprovat es procedirà a sobreseure el

cas. També es denegarà l'aprovació del pla si es comprova que el deutor no ha pagat les taxes judicials o qualsevol altra quantitat exigida per la llei. Per l'aprovació del pla, serà també necessari que el deutor estigui al dia dels pagaments meritats amb posterioritat a la presentació de la sol·licitud de concurs relatiu a obligacions familiars.

A diferència del procediment de liquidació del capítol 7, al procediment de reajustament de deutes no és possible que els creditors s'oposin al "discharge". No obstant això, està previst que puguin oposar-se a la aprovació del pla si aquest no compleix els requisits legals. L'aprovació del pla s'efectuarà en una compareixença en la qual també es resoldran aquelles oposicions que hagin estat formulades.

2.5.4. El discharge

El procediment de reajustament de deute del capítol 13 també comporta la cancel·lació de tots els deutes pendents o la declaració del "discharge", però una vegada conclòs amb èxit el pla de pagaments.

Quan el concurs es tramiti pel procediment del capítol 13 no serà possible declarar el "discharge" quan se n'hagi obtingut un altre en els últims 4 anys si el procediment anterior també es va tramitar pel Capítol 7, o 2 anys si es va tramitar pel Capítol 13.

Perquè sigui possible la seva declaració també caldrà que el deutor es trobi al dia dels pagaments relatius a les obligacions familiars. A més, es requereix que s'hagi completat un curs de gestió financera.

De la mateixa manera que en el cas del procediment de liquidació tramitat de conformitat amb el capítol 7, en el procediment del capítol 13 tampoc són cancel·lats els deutes. De fet, fins a la reforma operada l'any 2005, un dels grans beneficis que presentava el procediment del Capítol 13 sobre el de liquidació era una major amplitud dels deutes cancel·lables. Amb això es

pretenia incentivar l'ús d'aquest procediment. No obstant, la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005 ha igualat pràcticament els deutes cancel·lables en tots dos procediments.

En el cas que es produeixi un incompliment en el pla de pagaments, encara serà possible aconseguir l'anomenat "hardship discharge" o "discharge" per necessitat.

Per això serà necessari que es constati que: a) l'incompliment del pla no es deu a una causa imputable al deutor; b) que a través dels pagaments efectuats, els creditors que ostentaven un crèdit no assegurat, han obtingut com a mínim el mateix que haguessin percebut si el concurs s'hagués tramitat pel procediment del capítol 11; c) que no és possible modificar el pla de pagaments. En aquest cas el "discharge" s'equipara a aquell que s'obté a través del procediment del capítol 7.

3. Entre França i els Estats Units d'Amèrica

Com hem vist, a França el sistema basat en la reorganització del pagament del deute, té caràcter preferent, mentre que el de liquidatori s'aplica amb caràcter subsidiari, únicament en aquells supòsits en els que es comprova que el deutor es troba en una situació "irremediament compromesa". A més a més, l'elecció entre un i altre tipus de procediment no depèn directament de la voluntat del deutor, sinó que és un òrgan de caràcter administratiu, la comissió de sobreendeutament, la que en funció de la situació econòmica del deutor, decideix quin ha de ser el procediment a seguir. No obstant, quan la comissió proposa el seguiment d'un procediment de restabliment personal amb liquidació judicial el deutor ha de consentir la tramitació per aquesta via, donat que implicarà la liquidació, i per tant, la pèrdua, de la totalitat dels seus béns.

En canvi, el sistema nordamericà parteix d'unes premisses gairebé oposades. Si bé també compta amb dos tipus de procediments, un basat en la reorganització

dels pagaments i un altre de caràcter liquidatori, l'elecció entre els dos correspon al deutor que decidirà acollir-se a un pla de repagament del deute a canvi de poder mantenir la propietat dels seus béns, amb una cancel·lació del deute a la finalització del pla, o una cancel·lació directa del deute a canvi de la liquidació de la totalitat del seu patrimoni. No obstant, s'ha d'indicar que aquesta possibilitat d'elecció que des dels seus orígens caracteritzava el sistema nortamericà de sobreendeutament dels particulars, ha estat recentment limitada a través de Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act de 2005 i la introducció del "means test" o test de recursos. Només aquells deutors que tinguin uns recursos inferiors al límit senyalat en el "means test" podran acollir-se directament al sistema de liquidació. Tant un com altre procediment es tramiten íntegrament davant d'un òrgan judicial especialitzat d'àmbit federal, que és el jutge del concurs.

Una diferència molt rellevant entre els dos sistemes és l'àmbit d'aplicació de la norma. Mentre que la llei nordamericana s'aplica a tot tipus de deute que pugui tenir una persona física, la llei francesa limita la seva aplicació a aquells deutes de consum, que no derivin d'una activitat professional. Els deutes professionals es tracten per separat a través del sistema concursal.

Ambdós sistemes també presenten algunes similituds. La més rellevant, sens dubte, és la cancel·lació del deute al final del seguiment del pla de pagaments i l'existència d'un procediment de liquidació directa. Aquesta mesura permet als deutors un nou començament o tal i com s'ha anomenat en el món anglosaxó, un "fresh start". Altres característiques comunes són per exemple, l'existència de determinats deutes, com poden ser els d'aliments, que no són en cap cas cancel·lables, així com també el reconeixement de béns exclosos de liquidació. No obstant, l'extensió d'aquestes limitacions varia en cada un dels ordenaments.

En general, tots els sistemes que regulen el sobreendeutament en els països del nostre entorn cultural, regulen els elements que hem destacat en aquest apartat, aproximant-se més a un o altre sistema en funció de la tradició jurídica, de les influències rebudes i la conveniència político-legislativa.

EL TRACTAMENT DE LES SITUACIONS DE SOBREENDEUTAMENT

1. Propostes a nivell de dret civil material.

1.1. Del debat de la dació en pagament de la regulació del sobreendeutament de la persona física, passant per la necessitat del pacte marcià

Dos han estat els debats en els últims temps de crisi hipotecària i de fracàs de la hipoteca com a dret de realització de valor, el de la dació en pagament i el del sobreendeutament, regulat positivament entre altres Ordenaments com Alemanya, França i Itàlia.

Ja que aquí a Espanya la regulació del sobreendeutament, encara que imperiosa, no sembla imminent caldrà acudir a les normes que ja tenim, això sí adaptant-les a la realitat social del temps en què han de ser aplicades, és a dir, s'ha de reparar allò que ja existeix, perquè difícilment tornarà a donar-se la facilitat creditícia de la dècada a cavall entre segles. Si s'aplica la legislació vigent no cap l'excusa, imputable a una legislació ad hoc, del seu caràcter retroactiu, d'altra banda força discutible que ho sigui conforme a l'art. 9.3 CE.

Fer front a la situació existent ho requereix tant la nostra economia, com el compliment de la disposició addicional única de la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, ja que sembla clar que és imprescindible completar la protecció econòmica i social de consumidors i famílies, amb solucions extrajudicials que, si més no, en part, han de ser notarians.

Entre aquestes solucions notarials destacaria el pacte marcià, perquè encara que estigui prohibit el pacte comisori, perquè no hauria de patir la mateixa sort, per dues raons essencials:

Primera, l'admissió del pacte marcià, encara que limitadament, en un ordenament jurídic tan pròxim, i tan influent dins del dret comparat, com és el francès, en què, a més, es contemplava la seva admissió com un element dinamitzador dins del seu pla de modernització de l'economia. Aquesta és la finalitat (i no un mer retoc tècnic jurídic²⁸) de la Loi du 26 juillet 2005 (art. 24). La pretensió al admetre'l és, juntament amb les altres reformes, dotar d'una major eficiència i dinamisme a l'economia francesa, i, per aconseguir-ho, es facultava el Govern francès per a la "réforme le droit des sûretés"²⁹. Reforma que juntament amb les altres grans reformes ja concloses (com el seu Dret successori i, també, el seu dret de família) o, encara, en tràmit (com és el cas del dret d'obligacions o o de la prescripció³⁰) - permetran dir del Code Civil, després del seu Bicentenari, que és un nou Codi. Malauradament, i encara amb tota la veneració que se sent pel nostre CC, no era l'únic que necessitava, amb urgència, que s'adaptés a les noves necessitats socials, familiars i econòmiques dels ciutadans del segle XXI.

Segona, la desafortunada vida que té la subhasta notarial immobiliària des de fa un decenni, i res fa preveure que canviï, sinó més possibilitats que els arts.

²⁸ Per una visió crítica, per insuficient, de la reforma francesa, veure CARBONELL, Christine, "Li pacti commissaire en matière de sûretés reis immobilières ou la reforme inachevée", JCP / La Semaine juridique - Édition notariale et immobilière, n^o 51 -52, 21 Decembre 2007, pàg. 19-23

²⁹ "Article 2458. Modifié par [Loi n°2007-212 du 20 février 2007 - art. 10 \(V\) JOR F 21 février 2007](#). A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. *Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur*".

"Article 2459. Modifié par [Loi n°2007-212 du 20 février 2007 - art. 10 \(V\) JOR F 21 février 2007](#). Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur".

"Article 2460. Modifié par [Loi n°2007-212 du 20 février 2007 - art. 10 \(V\) JOR F 21 février 2007](#). Dans les cas prévus aux deux articles précédents, *l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement*. = Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne".

³⁰ Veure per aquestes reformes, http://www.henricapitant.org/rubrique.php3?id_rubrique=20

Bis – si a més a més són reglamentaris- acabin com solen acabar, és a dir, desapareixent (certament que algunes vegades per regular per llei, v. gr. LHMIPSD o la societat civil professional). Tampoc és irrellevant que l'actual procediment notarial no és pròpiament una venda, encara que així es digui, ni tan sols totalment extrajudicial, sinó un procediment d'execució sense coerció. És a dir, li falten els elements bàsics, a part de donar la part final del procediment el nom a tota la institució. Per tot això, no són d'estranyar les ja cèlebres SSTs de 4 de maig de 1998 i 20 abril 1999 i la recent STS (3a) de 20 de maig de 2008 que anul·la l'art. 220 RN en el qual es contenia la regulació reglamentària de la subhasta notarial. Els arguments jurisprudencials i doctrinals, a favor i en contra de la possibilitat del procediment d'execució notarial (reitero que mal anomenada venda extrajudicial, encara que de venda té poc o gens), són diversos³¹ i, sens dubte, de pes, però, en realitat, crec que el que subjau (tant o més que la cobertura legal per poder regular reglamentàriament) és la delimitació de què és la *funció jurisdiccional*³² i què és la *funció notarial*, problema no intranscendent, ja que també és decisiu en les competències que puguin atribuir-se al notariat en la futura "Llei de Jurisdicció Voluntària"³³ (entre cometes perquè sembla que pugui no ser aquesta la futura denominació, sinó la de "Llei de Procediment no Contenciosa", o similar, sens dubte que els noms quan no són un pur nominalisme són decisius perquè estan per reflectir el concepte o matèria que regulen).

Al costat d'aquestes dues raons bàsiques, també s'han d'assenyalar els arguments següents per defensar la seva possibilitat ja que generalment no s'admet:

A) L'admissibilitat o no del pacte marcià sembla córrer de forma paral·lela a la possibilitat del pacte comisori encara que ho fa per salvar algun dels obstacles,

³¹ Una àmplia ressenya doctrinal pot trobar-se en Anguita RIUS, Rosa M., *Constitució i execució del crèdit hipotecari*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 152-169.

³² Vinya. FERNÁNDEZ DE Buján, Antonio, *Jurisdicció i arbitratge en dret romà*, Madrid, Iustel, 2006, p. 13-53.

³³ Per conèixer les funcions que podrien haver estat atribuïdes al notariat d'haver-se aprovat, ja que es va retirar ja al Senat, s'ha d'anar a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Cap a una teoria general de la Jurisdicció Voluntària (II): La jurisdicció voluntària en les Corts Generals*, Madrid, Iustel, 2008, 407 pàg.

o regles prohibitives, que fan inadmissible el pacte comitori segons l'opinió unànime tant de la doctrina com de la jurisprudència³⁴. En canvi, s'admet en el nostre ordenament jurídic el pacte marcià, encara que no tota la doctrina³⁵ ni tota la jurisprudència (encara que molt aïlladament, com per exemple, la STS de 26 de desembre de 1995, amb l'al·legació de ser un sistema d'alienació extrajudicial diferent del legalment previst). En qualsevol cas, l'opinió contrària a admetre el pacte marcià per ser contrari a l'ordre públic de l'execució o per la inexistència de causa justificativa de la transmissió, no són exactes en els seus pressupostos, ni per això atenedibles, ja que no és una forma d'execució perquè precisament l'evita, defugint els problemes que el pacte comitori presenta. A més a més, negar-li l'existència de causa seria el mateix que negar-la a l'adjudicació.

B) També hi ha qui, com Bussani³⁶, apunta la conveniència d'admetre fins i tot el pacte comitori al mercat del crèdit. Els arguments essencials serien els següents:

1. - La seva prohibició està relacionada amb la prohibició de la usura, però donada que aquesta ja rebria sanció en l'àmbit penal no té sentit que també se li doni cabuda a la legislació civil.

2. - La no admissió implica (argument que entenc que es podria salvar amb el pacte marcià) que el creditor hipotecari ha d'acudir a un llarg procés d'execució (l'autor de referència parla de 15 a 120 mesos o més) que, a més, i aquest és l'aspecte més perjudicial per al deutor hipotecari, aconseguix que s'obtingui

³⁴ Per tots, i com més recent aportació, Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS, op. loc. cit., pàg. 1169-1174, on passa revista a les més caracteritzades opinions doctrinals i a la jurisprudència.

³⁵ Arguments a favor i contra, doctrinals i jurisprudencials, es poden veure, per tots, L. Fernando REGLERO CAMPOS, "El pacte comitorio", en M. Elena Lauroba i Joan MARSAL (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 253-288. Per a la seva evolució històrica -va ser reconegut en el dret romà clàssic fins l'emperador Constantí- i supòsits d'excepció a la prohibició es pot acudir a Immaculada LLORENTE SANT SEGON, *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Cizur, Thomson-Aranzadi, 2007, pàg. 130-192. Més centrat en l'etapa prèvia a la Codificació, Núria GINÉS CASTELLET, *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Madrid, Colegio de Registradores, 2004, pàg. 429-507

³⁶ Mario Bussani, "Patto commissorio, proprietà e Mercato (Appunti per una ricerca)", monogràfic *Le nuove Frontiere del Diritto di proprietà*, Rivista Critica di Diritto Civile, març 1997, pp. 113-131

per l'immoble subhastat un import molt inferior al de mercat (a Espanya i amb la crisi financera immobiliària és elevadíssim el percentatge de subhasta desertes).

3. - L'existència de formes de finançament al marge del mercat de crèdit hipotecari bancari, amb les seves inseguretats i, potser, fins i tot més usura. Un exemple a Espanya per a regular el mercat del crèdit parabancari és la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit³⁷.

4. - La inseguretat en l'execució i, per tant, en la recuperació de l'import que s'ha prestat incideix en l'elevació dels tipus d'interès, i, singularment, en els de demora, que sovint voregen la usura.

5. - Dificulta, quan no fa impossible, per la dificultat en el cobrament i els grans percentatges de descompte que s'exigeixen, la cessió del crèdit hipotecari. Potenciarla també facilitaria la concessió de crèdit, avui, a Espanya pràcticament "sec".

C) D'altra banda, i en línia amb el mateix autor³⁸, s'han de rebatre algunes de les principals acusacions per la seva inadmissibilitat sota els següents arguments:

1. - La inderogabilitat del procediment executiu i els riscos a què queda exposat el deutor hipotecari. Juntament amb aquest argument es sol al·legar també la nul·litat parcial del pacte (aquesta solució sembla coherent ja que el pacte comisorí és accessori). L'argument en si no troba suport explícit, i, en tot cas, s'hauria de limitar a la renúncia

³⁷ Vid. RDGRN de 18 de gener del 2011 sobre la possibilitat d'actuar encara sense existir el Registre corresponent, ja resolt pel Reial Decret 106/2011, de 28 de gener, pel qual es crea i regula el Registre estatal d'empreses previst a la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit, i es fixa l'import mínim de l'assegurança de responsabilitat o aval bancari per l'exercici d'aquestes activitats.

³⁸ Mario Bussani, op. loc. cit., pàg. 116-127.

anticipada i, per descomptat, va contra l'autonomia de les parts que hauria de ser preferent, cosa que precisament el pacte marcià aconseguia. En qualsevol cas, seria essencial respectar l'equilibri contractual jurídic i econòmic, el que, entenc, s'adaptaria també amb els nous projectes contractuals europeus i de desjudicialització. Singularment, i el pacte marcià ho pot aconseguir, si s'aconsegueix alienar en el valor més aproximat al preu de mercat.

2. – Hi ha altres remeis diferents a la nul·litat radical. Només s'hauria d'acudir a ella quan s'entengués que sense pacte comisori no s'hauria celebrat el negoci. En els altres casos hi hauria una simple nul·litat parcial del pacte comisori. Entre aquests remeis es troben el frau de llei i la simulació, sempre que es donin els seus requisits. S'ha de reconèixer que si es tracta de veure's privat de l'habitatge habitual s'han d'extremar les cauteles, ja que aquests remeis podrien donar-se però de poc servirien si el deutor hipotecari ja s'ha vist privat de l'habitatge.
3. - Els Ordenaments jurídics positius ja coneixen excepcions fins i tot per a béns de més valor que l'habitatge. Si bé és cert que entenc que es pot al·legar que l'habitatge habitual a Espanya té la garantia constitucional, però també és cert que ja existeix el RDL 5/2005 que regula la prenda.

Tot el que s'ha exposat fins ara no és fàcil d'admetre si s'entén el pacte comisori com l'acord pel qual el deutor destina la seva propietat al creditor, per satisfer totalment o parcialment el seu propi deute, en cas d'incompliment del crèdit, però sense que es prevegui una valoració del bé i prenent com a base el seu valor en el moment de constituir el pacte. Tanmateix, els dos greus problemes, que podria resoldre el pacte marcià són: En primer lloc, que no es fixi com valorar el bé i, en segon lloc, que el valor que es prengui de referència sigui, no el que té en el moment en el que el creditor l'adquireix, sinó el que tenia en el moment en el que es va constituir el crèdit. Aquests problemes no els resol la taxació prèvia en constituir el préstec hipotecari, per tant, i atès que

la seguretat jurídica en aquesta matèria ha de ser absoluta, cal precisar les següents qüestions:

1a. - Admès el pacte marcià per la STS de 10 de març de 2004 (Ponent: Gullón Ballesteros) i ja abans per la STS de 28 de novembre de 1983, per evitar qualsevol dubte i, de la mateixa manera que el dret comparat més proper, art . 2459 Code civil³⁹, Ordennance número 2006/346 de 23 març 2006, s'hauria de regular positivament i mitjançant norma amb rang de llei, tal i com s'ha fet per a la prenda a través del RD-L 5/2005, d'11 de març⁴⁰. Aplicant-lo inclús en el supòsit en el que el bé hipotecat sigui l'habitatge habitual. Sembla insuficient la mera remissió, com fa l'art. 129 LH en la venda extrajudicial, a un mer *nominatim* sense regulació en els seus aspectes essencials. És a dir, no n'hi ha prou amb una mera denominació, sinó que ha d'estar regulat en els seus trets essencials. Ja que, per descomptat, es tracta de la privació d'un bé sense subjectar-se al procediment judicial de realització de valor.

2^a. – És essencial que hi hagi una taxació pròxima -menys de sis mesos- i absolutament independent a les parts. S'hauria de fer per una taxadora homologada triada pel deutor quan se li notifiqui notarialment l'inici del procés notarial i, en cas de no fer-ho, per un tercer independent. I, a més, per protegir

³⁹ *Artículo 2458* (Introducido por la Orden nº 2006-346 de 23 de marzo de 2006 art. 14 Diario Oficial de 24 de marzo de 2006). "A menos que solicite la venta del bien hipotecado según las modalidades previstas por las leyes sobre los procedimientos civiles de ejecución, obligatoriamente aplicables al contrato de hipoteca, el acreedor hipotecario impagado podrá solicitar judicialmente que le sea entregado el inmueble en concepto de pago. No se le otorgará esta facultad si el inmueble constituye la residencia principal del deudor".

Artículo 2459 (Introducido por la Orden nº 2006-346 de 23 de marzo de 2006 art. 14, art. 30 Diario Oficial de 24 de marzo de 2006). "En el contrato de hipoteca podrá acordarse que el acreedor se convierta en el propietario del inmueble hipotecado. No obstante, esta cláusula no se aplicará al inmueble que constituya la residencia principal del deudor".

Artículo 2460 (Introducido por la Orden nº 2006-346 de 23 de marzo de 2006 art. 14, art. 30 Diario Oficial de 24 de marzo de 2006). "En los casos previstos en los dos artículos anteriores, el inmueble deberá ser objeto de una tasación por un perito designado de forma amistosa o judicial. = Si su valor fuera superior al del importe de la deuda garantizada, el acreedor deberá al deudor una cantidad igual a la diferencia; en el caso de haber otros acreedores hipotecarios, dicha cantidad será consignada".

⁴⁰ El Reial Decret Llei 5/2005, de 11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública ha establert en l'article 6, en relació amb les modalitats d'operacions de garantia i obligacions financeres principals, la validesa de l'acord de garantia pignoràtic de conformitat amb el règim establert per a la prenda en els articles 1.857 i següents del Codi Civil, i en el seu art. 11 preveu que: "L'apropiació només serà possible quan: a) S'hagi previst entre les parts en l'acord de garantia financera, i, b) Les parts hagin previst en l'acord de garantia les modalitats de valoració dels valors negociables."

millor al deutor convindria establir un termini peremptori en què aquest pogués obtenir millor preu d'un tercer o, si excedeix el preu del deute, entendre que la cessió a l'entitat creditora és una cessió *pro solvendo*.

3^a. - Per evitar la possible col·lisió amb la *par conditio creditorum* s'ha d'oferir si hi ulteriors creditors, per hipoteca, embargament, etc., la possibilitat, en un termini peremptori, d'una amigable composició entre tots⁴¹.

4^a. – Quedaria ineficient si no es preveu una extinció de càrregues i gravàmens ulteriors incompatibles i la posada a la seva disposició del sobrepreu. Com encara que no hi hagi càrregues o gravàmens ulteriors el valor de taxació podria ser superior a l'import que es deu, i no sembla lògic que a més el deutor rebi metàl·lic, llevat que se li adjudiqui el bé a un tercer, hauria de contemplar que el deutor hipotecari, singularment perquè no hi hagi problemes per admetre-ho, només per l'habitatge habitual⁴², que pugui continuar fins a esgotar el sobrant com arrendament amb o sense opció de o fins i tot dret real d'usdefruit de durada limitada a la quantitat en excés.

5^a. - El pacte també ha de ser vàlid encara que el deutor hipotecari caigui en una situació concursal, de la mateixa manera que el poder per a la venda s'ha d'entendre irrevocable.

⁴¹ *Vid.*, per aquestos requisits, VALCAVI, "Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario", a *L'espressione monetaria nella responsabilità civile e altri saggi*, Padova, Cedam, 1994, pp. 511-524, singularment, pp. 514-518, per precisar que teòricament es pot distingir el pacte comitori del negoci de garantia, però que seria imprescindible fixar expressament el moment en el que el bé entra en el patrimoni del creditor y que ha d'admetre's, sens dubte, el pacte marcià sempre que es doni una valoració (s'hauria d'afegir independent) del bé hipotecat. Pràcticament els mateixos requisits exigeix per a la seva validesa la reformada legislació francesa. Veure Philippe DELEBECQUE, "Le régime des hypothèques", *Le Semaine juridique – Édition notariale et immobilière*, n° 19/2006, p. 944, resalta l'obligació del notari d'informar expressament de les conseqüències del pacte comitori; la seva oponibilitat davant de tercers; la transferència al creditor necessàriament haurà de ser davant de notari; l'escrupulosa independència del taxador al moment d'adquirir el bé per part del creditor; i, la màxima proximitat de la taxació sense haber passat sis mesos i, finalment, si existeixen ulteriors creditors, el sobrant s'haurà de posar a la seva disposició.

⁴² En la doctrina francesa es censura que no s'admeti per l'habitatge habitual. Christine CARBONELL, "Le pacte commissorie en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée", *Le Semaine juridique – Édition notariale et immobilière*, n° 51-52/2007, pp. 19-23, singularmente, p. 20.

Conscients de la necessitat de la seva regulació, les seves principals característiques haurien de ser, si més no, les següents:

- Que s'aconsegueixi tant una veritable economia tant de costos com de temps. Això requerirà de la supressió o reducció de terminis i tràmits, que haurien de tenir caràcter preclusiu, doncs, reitero, el moment definitiu hauria de ser el de la constitució de la hipoteca mitjançant la corresponent escriptura pública, en què el notari⁴³ ja té obligació d'assessorar la part més feble.

- Que s'estableixi el pacte comisori en el moment de la constitució de la hipoteca o, fins i tot, després (pacte *ex intervallo*, Digest 13.7.34) sempre que hi hagi garantia absoluta de neutralitat en la taxació i llibertat en la seva concessió pel deutor. Necessàriament s'hauria de concedir al creditor abans d'iniciar qualsevol reclamació per incompliment, encara que aquesta sigui mitjançant el simple requeriment al pagament o compliment.

- Que haurà de ser en el seu naixement sempre voluntari, mai d'origen legal o judicial, ja que és una concessió del deutor al creditor, qüestió diferent és que estigui perfectament delimitat legalment l'àmbit en què es pot concertar. A més, només hauria de correspondre la seva constitució al deutor i l'hipotecant. Això serà transcendental, sobretot, si s'hipoteca més d'una finca, encara que sigui per determinar la primera que ha de ser objecte del pacte comisori. En tot cas, sembla que imperativament l'última hauria de ser l'habitatge que constitueix el domicili familiar habitual.

- Que la taxació es faci per taxador independent (tant accionarial com de negoci derivat del creditor hipotecari) i en el moment més proper possible al d'exercici del pacte comisori, per garantir que, efectivament, el valor de la finca coincideix amb el de mercat. La recent reforma del mercat hipotecari (Llei 41/2007, art. 3) reforçant la independència i secret de les societats taxadores,

⁴³ La transcendència de l'actuació notarial en el moment constitutiu de la hipoteca realitzable mitjançant pacte comisori la posa de relleu DELEBECQUE, Philippe, "Le régime des hypothèques", *JCP / Le Semaine juridique – Édition notariale et immobilière*, nº 19, 12 mai 2006, [941-944], p. 943.

juntament amb el reconeixement de validesa a qualsevol taxació (art. 5 Llei 41/2007, que modifica l'art. 3 bis I) de la LMH de 1981) possibilitaria l'exercici del pacte comitori segons indicaré posteriorment. El taxador hauria de tenir fixada de forma exacta la seva retribució, que incrementaria, si s'escau, el deute reclamat. A més, ja en el mateix moment de constituir la hipoteca es podria concretar la societat taxadora que el valori en el moment d'executar el pacte comitori, o confiar la seva elecció a tercer independent.

- Que l'exercici del pacte comitori no hauria d'implicar sempre l'adquisició de la plena propietat, sinó que podria ser la nua propietat conservant l'usdefruit el deutor o esdevenint arrendatari amb opció de compra. Això possibilitaria que s'inclogui també l'exercici del pacte comitori sobre l'habitatge habitual.

- Que únicament les entitats de crèdit que poden actuar en l'àmbit del mercat hipotecari, art. 2 LMH, puguin satisfer el seu crèdit en virtut de l'exercici del pacte comitori.

- Que pugui es concertar només en els supòsits de préstecs hipotecaris o dels anomenats crèdits oberts, és a dir, amb idèntic àmbit que la subrogació hipotecària. Si he assenyalat que moment essencial serà el de constitució, bàsic seria, igualment, el de certificació del deute -subjecte a control notarial- que es reclama i la notificació al deutor.

- Que hi hagi possibilitat d'amigable purga de les càrregues que pesin sobre la finca hipotecada abans d'adquirir en virtut de l'exercici del pacte comitori. S'ha d'establir de forma clara –motiu pel que serà bàsica la publicitat registral- l'extinció de les càrregues posteriors a la del creditor que adquireix en virtut del pacte comitori, sense perjudici que es consignï el sobrant a favor dels ulteriors creditors que estiguin inscrits o anotats.

- Que en cas d'exercici del pacte comitori cap possible afectat pel mateix hauria de quedar sense coneixement d'aquest exercici, sigui no només el propi deutor, sinó el hipotecant no deutor, els fiadors o els titulars posteriors -en el seu accés al Registre de la Propietat- o fins i tot anteriors, ja que una de les

qüestions més rellevants seria concretar qui es pot adjudicar la finca hipotecada d'existir més d'un creditor, per descomptat, previ pagament, fins on arribi el seu valor, als altres. El principi de *par conditio creditorum*, també s'hauria de revisar. La preferència o no dels crèdits hauria de tenir molt present la funció que han complert o la causa per la qual es van concedir. En no poques ocasions la concessió d'un segon o ulterior (que pot ser préstec personal en pòlissa o escriptura) és el que possibilita que es degui menys dels anteriors préstecs o crèdits.

- Que potser no seria intranscendent per evitar situacions sospitoses que els creditors posteriors que no han cobrat, totalment o parcialment, o fins i tot el propi deutor, poguessin adquirir la finca en el cas d'alienar abans de transcórrer un determinat termini temporal (sembla que no s'hauria d'estendre més enllà dels cinc anys) i de transmetre per un import superior en un determinat percentatge al d'adjudicació.

I, finalment, no es pot desconèixer que milloraria la arxidebatuda dació en pagament, una modalitat de *datio pro soluto*, en què l'entitat creditora fos una mera titular fiduciària per l'alienació i, per descomptat, s'imputi al seu deute, de manera preferent, el que s'hagués obtingut, posant a disposició del deutor o dels altres creditors el sobrant.

D'acord amb el que he exposat i atès que el que contempla l'art. 129 LH és una venda, extrajudicial ja que no és judicial, i notarial, entenc que s'hauria de contemplar la possibilitat del mandat (representatiu) irrevocable (seria en interès del mandatari o mandat *in rem propriam*) per a la venda (o mandat per alienar), amb les necessàries garanties per al deutor. Això no és sinó el contemplat per TASSINARI⁴⁴ que recorda que és clàusula que incloïa la Banca Popolare di Sondrio i també utilitzada per la Cassa Rurale ed Artigiano di Leverano, que va donar lloc a la controvèrsia objecte de Cass. 1 giugno 1993, núm. 6112. El problema serà el d'establir els límits, el que s'hauria

⁴⁴ En concret, Federico TASSINARI, "Il mandato ad alienare. Prospettive alla luce della L. 3 agosto 1998, n° 302 (norme in tema di espropriazione forzata e di atti affidabili ai notai)", en *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali. Convegno di Bergamo-13 novembre 1998*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 473-488, i, singularment, pp. 473-479.

necessàriament d'alienar a un tercer i, a més, el que podria en últim terme ser revocat per concórrer justa causa, apreciable pel jutge, i, si s'escau, amb responsabilitat civil.

1.2. Actors i controladors del mercat hipotecari com a causants de les facilitats per al sobreendeutament

La solució al problema del sobreendeutament no podrà passar per alt que la situació no ha estat del tot imprevisible, encara que em costi afirmar, com altres ja han fet, que "estava anunciat" o que ha estat totalment teledirigida. En qualsevol cas, és cert que sí hi ha hagut un ambient de sacralització de certa concepció del Mercat, que llavors i ara el que requereix és controlar, que no és el mateix que posar-li traves; com de lloança de les virtuts de la "mà invisible" o d'una pretesa competència que no era tal, i això singularment a Espanya, i, molt singularment, en certs ambients acadèmics i professionals.

Poques veus es van alçar exigint els seus controls i limitacions i, per això, cal preguntar-se legítimament on eren, o potser com no van poder influir per evitar-ho, la Comissió Nacional del Mercat de Valors, així, en certs productes - vgr. les preferents- causa, almenys indirecta, del sobreendeutament, o, de manera directa, el mateix Banc d'Espanya, donada la qual ara apareix com freqüent concessió de préstecs hipotecaris per sobre de la taxació, feta d'altra banda per una societat taxadora vinculada a la mateixa entitat de crèdit concedent. El fracàs ho reconeix el propi Preàmbul de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, de reforma del mercat hipotecari.

1.3. La responsabilitat patrimonial universal requereix la inembargabilitat de certs béns i respectar la dignitat de la persona

Si més o menys es pot coincidir en les causes del sobreendeutament, encara que no tots ho admetin i fins i tot hi hagi qui defensin més *deregulation*, per descomptat, i ja en plena crisi econòmica, poc ajuda a que el consumidor pugui

estar informat en temps hàbil, és a dir, quan encara pot adoptar decisions sense pèrdua de considerables quantitats (singularment, arres lliurades per adquirir l'habitatge l'adquisició de la qual finança), l'Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris. El problema segueix sent encara de futur en com evitar el sobreendeutament o com controlar de la millor manera possible, que no sigui no concedint préstecs, ni crèdits hipotecaris, encara que sí que és cert que s'en refinancien forces, sense que tampoc la Llei 41/2007 hagi estat un model de claredat, ni de configuració d'un nou mercat hipotecari.

En el present el sobreendeutament requereix juntament amb mantenir incòlume l'art. 1911 CC, arreglar el que es va fer i, per tant, delimitar aquesta responsabilitat universal, que crec ha de passar, com s'ha fet, i per fi i efecte de donar solució al deute hipotecari i al manteniment de l'habitatge habitual, per elevar la inembargabilitat dels ingressos mínims familiars, en la línia que ho ha fet l'art. 1 del Reial Decret-Llei 8/2011, d'1 de juliol, de mesures de suport als deutors hipotecaris, així com per elevar més enllà del 60% (actual art. 671 LEC) el deute a extingir quan l'adjudicatari sigui el creditor, que també requeriria una taxació actualitzada.

Un remei al deute perpetu és l'aplicació del retard deslleial (STS 99/2012, de 12 de gener de 2012) en la reclamació del mateix, però, fins i tot, amb la nostra CE'78, sembla que ja *ab initio* ha de proscriure que el deute pugui esdevenir en vitalici una vegada privat el deutor del seu habitatge habitual. Sens dubte, el deute serà quasi perpetu si es té present que, en moltes ocasions, quedaran diverses desenes de milers d'euros pendents de pagament i únicament seran embargables escassament cent euros. Per aquestes raons no puc sinó que coincidir amb la interlocutòria -Concurs- secc. 1a - del Jutjat Mercantil número 3, de Barcelona, de 26 d'octubre de 2010, quan afirma que en no ser aplicables els articles 92, 55 i 58 de la Llei Concursal fora del procediment concursal "la declaració de concurs és un mecanisme de protecció del deutor persona física davant la proliferació d'execucions singulars enfront del seu patrimoni ", unit al fet que una interpretació teleològica de l'art. 178.2 LC ha d'impedir "un concurs

permanent, fins a l'extenuació [... unit al fet que] els creditors a què es refereix l'art. 178.2 no han de ser els concursals, sinó els postconcurals ").

Al costat del rebuig al deute perpetu, tampoc es pot ocultar que atempta contra la dignitat de la persona el fet que per raó de l'execució hipotecària el deutor quedi en situació d'exclusió social. No pot oblidar-se que d'acord amb la STC 236/2007, de 7 de novembre, la dignitat de la persona és un valor superior del nostre ordenament jurídic que deriva directament del mateix text constitucional i que, a més, no pot ser modulats ni temperats pel legislador positiu. Això ens porta directament a qüestionar les solucions del RD-L 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos.

Reconeix el RD-L 6/2012 els "molt seriosos problemes per al seu manteniment en condicions dignes" d'un segment de la població, així com "el dret a gaudir d'un habitatge digne i adequat", encara que no esmenti -com fa la millor doctrina- el seu caràcter de dret subjectiu, no necessàriament en propietat, i, també, precisa que la "majoria de les mesures són aplicables als qui estiguin situats en l'anomenat llindeu d'exclusió". És a dir, ja hi estan, i com deia, el que no cap, per atemptar a la dignitat personal, és que l'execució hipotecària els deixi en tal situació. Defineix, art. 3, el llindeu d'exclusió però, pel que s'ha dit, és dubtosa la seva constitucionalitat al xocar directament amb la dignitat personal. Més dubtosa, encara, és la constitucionalitat de tot l'art. 4, en tractar com diferents a uns que altres deutors, i, singularment, per pretendre concretar què és l'exclusió social⁴⁵.

Les solucions que derivin de la dignitat de la persona no admeten distinció entre deutor hipotecari de bona o mala fe, ja que deriven de ser persona i això no és modulable pel legislador ordinari. A més, és perfectament possible un ajust del deute per raó d'interès públic econòmic, unit al fet que el dret de crèdit no es pugui considerar com a propietat als efectes de l'art. 1 Protocol n^o 1, tal com estableix la STEDH de 20 de juliol de 2004, número 37598/1997, cas Bäck vs. Finlàndia.

⁴⁵ vid. Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre "El crèdit i l'exclusió social en la societat de l'abundància", 2008 / C 44/19, a DOUE, de 2008.02.16, C44/74.

1.4. L'exigible diligència i prudència de les entitats de crèdit i les consegüents sancions a la seva inobservança

A les entitats de crèdit pel servei públic que presten i per la seva especial situació respecte del consumidor els és perfectament aplicable l'anomenada teoria de la recognoscibilitat de l'error que permetria l'anul·lació del contracte sense haver d'exigir "el requisit de la no culpabilitat o excusabilitat de l'error per part de qui va incórrer en ell. Per això, com afirma Francesco Galgano⁴⁶, no és obstacle a l'anul·labilitat del contracte la circumstància que el contractant que va incórrer en l'error hauria pogut, fent ús de la normal diligència, adonar-se de l'error i evitar la celebració del contracte o celebrar-lo en certes circumstàncies concretes". A més, crec que va més enllà que el dol omissiu, ja que en múltiples contractes, font directa o indirecta del sobreendeutament, no és que s'oculti informació (que si es conegués no es contractaria) sinó que és l'entitat de crèdit la que ha d'identificar l'error i posar-li solució. És a dir, no celebrar el contracte o fer-ho en els justos termes del que volia el deutor. També ho exigeix el fet que es tracti d'una contractació en massa, amb condicions generals innegociables i en què la llibertat d'elecció del producte financer o hipotecari ("en campanya") esdevé en la pràctica quasi impossible.

Que tot això hagi succeït en el passat ha estat funest, però que no aparegui clar respecte al futur és més temorós. Per això, no pot ocultar-se, com han destacat autoritzades veus, que el consumidor en la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell, sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial, Brussel·les, 2011.03.31, COM (2011) 142 final, 2011/0062 (COD), hauria de tenir més protecció donat el molt diferent nivell informatiu entre el prestador -l'Entitat de crèdit- i el consumidor. En el mateix sentit també, el dictamen del Banc Central Europeu, de 5 de juliol de 2011, sobre una proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial, [CON/2011 / 58-

⁴⁶ Francesco Galgano, *El negoci jurídic*, València, Tirant lo Blanch, 1992, p. 303.

2011 / C 240/04, DOUE de 2011.08.18] parla del possible dret de desistiment. Per la seva banda, el Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu, sobre la 'Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial (COM (2011) 142 final - 2011/0062 (COD) (2011 / C 318/22, DOUE de 2011.10.29), precisa que la Directiva "no ha de conduir a una reducció del nivell de protecció als Estats membres que ja disposen d'una legislació sobre els contractes de crèdit per a béns immobles d'ús residencial ".

En aquesta línia de protecció del consumidor i per als interessos de demora - veritable causa d'agreujament del deute- destaca la Sentència (C-618/2010) del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 14 juny 2012 (Ponent A. Tizzano) que admet que el jutge pugui examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula sobre interessos de demora sense poder modificar-la una vegada declarada nul·la.

També és cada vegada més reiterada la jurisprudència que sanciona la nul·litat dels intel·ligibles famosos swaps⁴⁷. No són aquests productes els únics causants del drama. També hi contribueix la sobregarantía (Übersicherung), sigui fiança o hipoteca d'una altra finca al costat de la que s'adquireix, fins i tot per tercers no deutors. En ambdós casos cal aplicar tota la doctrina de la causa, ja que és obligatori preguntar-se a quina raó responen aquests excessos de garantia quan, com proclama l'actual art. 8.1 RMH'2009 en parlar de la taxació, la finca hipotecada s'ha de constituir en garantia última. Per això, juntament amb la modulació de la fiança, hauria de ser nul·la la sobregarantía produïda per hipotecar més d'una finca, singularment, quan excedeix del cent cinquanta per cent. Aquesta és la solució adoptada pel Dret alemany per a la venda en garantia, i que, d'una altra manera, en el nostre dret, que repudia el pacte comitori, podria donar-se indirectament un efecte més repudiable. De la mateixa manera que en aquesta matèria també serien aplicables els bons costums (a la manera de l'art. 138 BGB - Sittenwidrigkeit - i l'ordre públic

⁴⁷ Mereix la pena llegir-se la SAP Barcelona, secc. 15a, de 19 d'abril de 2012) i, el mateix, per les preferents (valgui, com a exemple, la sentència del Jutjat de 1a Instància i Instrucció, 2, de Vic, de 3 de maig de 2012, i, en la doctrina, Francisco J. ALONSO ESPINOSA, "Participacioness preferentess y clientes minoristas de entidades de crédito, Diario La Ley Digital , número 7875, de 7 juny 2012.

econòmic (ex art. 1255 CC), doncs, contrari el nostre dret hipotecari a la immobilització de la terra (immobles), resulta que en hipotecar una altra finca, al costat de la que s'adquireix i que ja hauria de ser suficient, és per aplicació de la LMH (en exigir sempre primera hipoteca, art. 5, i per no haver altra via de finançament que les de les entitats de crèdit), que s'està impedit, quan hi ha manifesta sobregarantia, que aquesta segona finca hipotecada sigui al mercat hipotecari.

2. Propostes a nivell de dret processal

2.1. La defensa del deutor hipotecari a la venda extrajudicial

2.1.1. Introducció.

En els últims anys s'ha plantejat una controvèrsia sobre l'execució hipotecària judicial a causa de la limitació del dret de defensa dels executats en la mateixa. La doctrina i la jurisprudència han plantejat aquesta qüestió i s'ha generat un debat social i jurídic sobre la necessitat d'ampliar les causes d'oposició al judici hipotecari judicial i l'anàlisi d'ofici del caràcter abusiu d'algunes clàusules del crèdit hipotecari per part del Tribunal quan el demandat és un consumidor o ens trobem davant l'habitatge habitual del deutor o de l'obligat hipotecari.

No obstant això, el creditor hipotecari també pot realitzar el bé hipotecat mitjançant el procediment de venda extrajudicial regulat l'article 132 de la Llei Hipotecària quan s'hagi pactat en l'escriptura de constitució del crèdit hipotecari. En aquest tipus de procediment no es permet cap tipus d'oposició per part del deutor hipotecari, ni el notari pot analitzar d'ofici el caràcter abusiu d'alguna clàusula que impedeixi la seva prossecució. A més, molts creditors hipotecaris acudeixen a aquest procediment per eludir la problemàtica d el

procés judicial hipotecari i el control judicial que es realitza per alguns tribunals⁴⁸.

Tot i les opcions que indiqui vull advertir que en la meua opinió la regulació de la venda extrajudicial, que s'ha d'entendre derogada per la disposició final primera de la Constitució Espanyola, és inconstitucional per infringir el dret a la tutela judicial efectiva. Les possibilitats processals que desenvoluparé a continuació no són un impediment perquè afirmi que s'ha de regular de conformitat amb la recent jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i dels Tribunals espanyols i amb les aportacions doctrinals que s'han fet sobre aquesta matèria.

2.1.2. La regulació legal

A) Situació actual

L'article 129 de la Llei Hipotecària va ser modificat per la disposició final 9a, apartat 4 de la Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil. El tenor literal d'aquest precepte és: "a més, en l'escriptura de constitució de la hipoteca es pot pactar la venda extrajudicial del bé hipotecat, de conformitat amb l'article 1.858 del Codi civil, per al cas de falta de compliment de l'obligació

⁴⁸ Així la Junta de Jutges de València de 15 novembre 2012 va arribar a l'acord que el Tribunal podia analitzar d'ofici si els interessos moratoris dels crèdits hipotecaris concertats amb consumidors és o no abusiú, qualificant-lo com a tal quan excedeixi de quatre vegades l'interès legal dels diners. Aquest acord té el seu antecedent en l'acord de la Junta de Magistrats de les seccions civils de l'Audiència Provincial de Girona de 30 de novembre de 2005 i la seva aclariment per acord de 14 de setembre de 2009 que aplica analògicament la previsió de l'article 20.4 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum, que preveu que els interessos moratoris per descobert tàcit no podrà superar un tipus d'interès superior a 2'5 vegades l'interès legal dels diners. Sobre aquest tema s'ha plantejat la qüestió prejudicial pel Jutjat de Primera Instància número 1 de Catarroja de 15 de novembre de 2012, que està actualment pendent de resolució pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea. No obstant això, en les conclusions de la Advocada General presentat en la qüestió prejudicial C-415-11, afirma en el seu paràgraf 55 que "es plantegen dubtes sobre l'aplicabilitat de la jurisprudència del Banc Espanyol de Crèdit ja que, a diferència del que ocorre en el procés monitori, en una situació com la del cas de actuacions, l'escriptura notarial constitueix un títol executiu i s'ha de reconèixer l'interès del creditor en tramitar ràpidament l'execució forçosa ". La jurisprudència a què fa referència és la Sentència del TJUE de 14 de juny de 2012 que va declarar que es podia analitzar d'ofici el caràcter abusiú dels interessos en el judici monitori (sobre la mateixa veure àmpliament el comentari realitzat per ALEMANY CASTELL i SANCHEZ GARCÍA, El consumidor i els interessos, publicat en el dret, http://www.elderecho.com/civil/consumidor-intereses_11_468055004.html, consultat el 15 de febrer del 2013).

garantida. La venda extrajudicial s'ha de fer per mitjà de notari, amb les formalitats que estableix el Reglament Hipotecari ".

B) La regulació originària de la venda extrajudicial.

La venda extrajudicial es regulava a l'article 129 de la Llei Hipotecària i en els articles 234 i ss. del Reglament Hipotecari⁴⁹. Una de les característiques que tenia era que l'inici d'un procés declaratiu en què es formulava l'oposició a la venda extrajudicial, la suspendria si s'anotava preventivament abans de la subhasta.

Concretament l'article 236 Reglament Hipotecari, aprovat el 14 de febrer de 1947, preveia que:

"Es suspendrà el procediment regulat en els dos articles precedents per les causes expressades a l'article 132 de la Llei, en allò que siguin aplicables, i més quan amb anterioritat a la subhasta s'anoti preventivament l'oposició formulada en judici declaratiu. A aquest efecte el jutge, a la vegada que ordeni l'anotació de la demanda, notificarà al notari la resolució recaiguda.

Si aquesta anotació s'ha practicat amb anterioritat al tràmit de la regla tercera de l'article anterior, el registrador denegarà la nota que preveu la mateixa i no es podrà seguir el procediment ".

La regla tercera de l'article 235 del Reglament Hipotecari preveia que:

"A sol·licitud de l'interessat, a la qual s'acompanyarà el requeriment de pagament, el registrador expedirà certificació en què es contindran els extrems assenyalats en la regla quarta de l'article 131 de la Llei, s'ha d'expressar que

⁴⁹ Veure ampliament el desenvolupament que efectúen ROCA-SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL i BERNÀ I XIRGO dels precedents de la venda extrajudicial (a *Derecho Hipotecario*, tomo X, edit. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 468 i ss.)

s'expedeix als efectes d'aquest procediment i es farà constar que queda estesa la nota que s'estableix a continuació.

El registrador ha de fer constar, per nota al marge de la inscripció d'hipoteca, que ha expedit aquesta certificació, i també la data, la iniciació del procediment, el notari davant el qual se segueix i la circumstància que no s'entendrà aquest procediment amb els que posteriorment inscriguin o anotin qualsevol dret sobre la mateixa finca ".

Amb aquesta regulació el deutor hipotecari havia oposar-se a la venda extrajudicial a través de la interposició d'un judici declaratiu ordinari. L'anotació preventiva d'aquest implicava la suspensió de la venda extrajudicial.

C) La reforma del Reglament hipotecari de 1992

A la pràctica es va denunciar l'estratègia processal de formular oposició per suspendre la venda extrajudicial. Per aquest motiu el legislador va modificar el règim d'aquest sistema de realització del bé hipotecat mitjançant el Reial decret 290/1992, de 24 de març. En la seva exposició de motius justificava la reforma a la Llei indicant que "La nostra legislació hipotecària ja preveu un procediment extrajudicial d'execució, però en la pràctica la seva articulació reglamentària, incapaç d'aturar determinades conductes estratègiques, no ha funcionat adequadament. Per això, davant la necessitat d'agilitar les execucions hipotecàries i de remoure els obstacles procedimentals que puguin constrènyer l'expansió del crèdit territorial, s'ha considerat oportú revisar la disciplina de l'anomenat «procediment executiu extrajudicial».

Una de les modificacions fonamentals va ser la de l'article 236.o del Reglament Hipotecari que preveu que: "Quant a les altres reclamacions que puguin formular el deutor, els tercers posseïdors i els altres interessats, s'atendrà a allò que es disposi, quan sigui aplicable, en els cinc últims paràgrafs de l'article 132 de la Llei Hipotecària ».

L'article 132 de la Llei Hipotecària, en la redacció que tenia en el moment de l'aprovació de la modificació del Reglament regulava les causes de suspensió del procediment judicial hipotecari. L'apartat 5 i següents regulava l'oposició en el judici declaratiu posterior de la següent manera:

"Totes les altres reclamacions que puguin formular, tant el deutor com els tercers posseïdors i els altres interessats, fins i tot les que versin sobre nul·litat del títol o de les actuacions o sobre venciment, certesa, extinció o quantia del deute, s'han de tractar en el judici declaratiu que correspongui, i mai no produeixen l'efecte de suspendre ni entorpir el procediment que estableix aquesta Llei".

A continuació preveia la possible adopció de la mesura cautelar de retenció de tot o part de la quantitat que, pel procediment que estableix aquesta llei, s'hagi de lliurar a l'actor i les especialitats d'aquesta mesura cautelar. Aquest precepte va ser modificat per la disposició final 9.7 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, regulant la qualificació del registrador de les inscripcions i cancel·lacions a què donin lloc els procediments d'execució directa sobre els béns hipotecats.

La disposició final 9.7 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil va modificar l'article 129 de la Llei Hipotecària. El Decret Llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, preveu a l'article 12 que la "execució extrajudicial de béns hipotecats ... s'ha de sotmetre a allò que preveuen els apartats següents en els casos en que el procediment es segueixi contra l'habitatge habitual del deutor".

2.1.3. La interpretació jurisprudencial de la constitucionalitat de la venda extrajudicial.

Abans de l'entrada en vigor de la reforma del Reglament hipotecari de 1992 el Tribunal Constitucional es va pronunciar sobre la venda extrajudicial en la sentència 41/1981 i afirmava en el seu fonament de dret 5 in fine:

"L'absència de cognició sembla tan essencial a l'execució hipotecària, que es troba present per imperatiu legal en l'execució extrajudicial davant notari. A aquest procediment al·ludeix la Llei Hipotecària en el seu article 129, en dir que a l'escriptura de constitució es pot pactar un procediment extrajudicial per fer efectiva la hipoteca. Aquest procediment s'inicia per requeriment notarial de pagament. Segueix la integració del títol i la notificació del procediment als titulars de drets inscrits o anotats després. Transcorreguts trenta dies, es procedeix a la subhasta. Ens trobem, doncs, davant d'una execució tan expeditiva com la judicial. Les causes de suspensió són, segons article 236 del Reglament Hipotecari (RCL 1947 \ 476, 642 i NDL 15458), les mateixes que es preveuen en l'article 132 de la Llei Hipotecària, amb la diferència, respecte de l'execució judicial, que la suspensió procedeix també quan abans de la subhasta s'anota preventivament l'oposició formulada en el judici declaratiu. "

A continuació, en el fonament de dret sisè, afirma que:

"El fet que el procediment d'execució sumari es caracteritzi, conseqüentment amb la naturalesa del títol, per l'absència de contradicció processal, no vol dir que produeixi indefensió i que, en conseqüència, sigui anticonstitucional per ser contrari a l'article 24 de la Constitució. Hi ha poderosos arguments que donen suport a la conclusió oposada. El primer és d'índole sistemàtica. La situació del deutor o del titular del domini de la finca hipotecada no es pot jutjar només a partir de la regulació de l'execució, sinó que ve decidida pel conjunt de les relacions processals possibles. El expeditiu de l'execució no elimina la possibilitat de contradicció que segueix oberta en el judici ordinari. En rigor, la radical limitació de les excepcions no es refereix a la contradicció considerada en si mateixa, sinó al seu efecte suspensiu sobre la realització del valor; hi ha una limitació de les excepcions que poden produir l'efecte suspensiu i res més. La Llei Hipotecària i els Estatuts del Banc Hipotecari d'Espanya deixen obertes totes les possibilitats de contradicció i es limiten a establir que només un nombre limitat d'excepcions puguin produir suspensió. No es limiten, doncs, les possibilitats de contradir, sinó les de suspendre mitjançant el joc de les excepcions. Des d'aquesta perspectiva, és clar que no pot haver violació de

l'article 24 de la Constitució, perquè el deutor i el titular del domini de la finca no queden indefensos, ni privats de Tutela ".

És cert que el Tribunal Constitucional es pronunciava sobre el procediment judicial sumari i no sobre la venda extrajudicial de l'article 129 de la Llei Hipotecària, però també és veritat que en fer la comparació entre un i altre destacava que en la venda extrajudicial l'anotació preventiva del declaratiu en què es va formular una oposició a la mateixa suspenia l'execució.

Un dels aspectes que va reformar el Reial decret 290/1992, de 24 de març va ser eliminar la suspensió automàtica de la venda extrajudicial en el cas que s'adoptés l'anotació preventiva del judici declaratiu en què es va formular l'oposició a la mateixa. La reforma del Reglament Hipotecari va provocar que la jurisprudència es pronunciés sobre la seva naturalesa jurídica i la no intervenció preceptiva d'advocat.

La sala 3a del Tribunal Suprem va dictar les sentències de 16 d'octubre de 1995 (RJ 1995 \ 7064) i de 23 d'octubre de 1995 (RJ 1995 \ 8123). En la primera d'elles afirma que "en contra del parer de la Corporació recurrent, que l'esmentat article 117.3 de la vigent Constitució el que consagra és la potestat exclusiva i excloent dels Jutjats i Tribunals per executar el jutjat en els processos que aquells coneguin segons les regles de competència i procediment que les lleis estableixin i, en conseqüència, el referit «monopoli de les activitats d'execució » es circumscriu al jutjat pels mateixos òrgans jurisdiccionals. Així doncs, la regulació d'un procediment d'execució extrajudicial d'hipoteques, permès per l'article 129, paràgraf segon, de la Llei Hipotecària, no contravé el precepte contingut en l'esmentat article 117.3 de la Constitució ni el que disposa l'article 2.1 de la Llei orgànica del poder judicial, ja que l'existència de tal procediment d'execució extrajudicial no impedeix l'exercici de la potestat jurisdiccional, atribuït exclusivament als Jutjats i Tribunals per els referits articles 117.3 de la Constitució i 2.1 de la Llei orgànica del poder judicial ".

La Sala 1a del Tribunal Suprem també es va pronunciar sobre aquesta qüestió en la Sentència número 402/1998, de 4 de maig (RJ 1998 \ 3464) i va declarar la inconstitucionalitat sobrevinguda del "procediment executiu extrajudicial". Tal com afirma en el fonament de dret vuité "La confrontació d'aquests conceptes i criteris, amb la possible legitimitat preconstitucional d'un procediment d'execució« extrajudicial », dóna un resultat francament contrari a la vigència del referit procediment, la naturalesa d'execució, al marge, de la jurisdicció, no és objecte de debat doctrinal seriós. Ni tan sols esquivant el seu caràcter d'inadmissible execució privada, com practicada amb publicitat notarial, mitjançant l'artefacte de considerar una execució pública notarial, cal que s'accepti la seva legitimitat ja que **la funció notarial** (tan valuosa, d'altra banda) **no pot substituir la estrictament jurisdiccional, com és l'activitat d'execució, encara que una altra cosa pugui dir de la «jurisdicció voluntària» que no és en puritat activitat jurisdiccional**, però que, contingentment, per raons variables i conjunturals de política legislativa, sigui en gran part, activitat judicial, compartida, en alguns aspectes, amb els notaris i altres funcionaris públics. Conseqüentment, **l'article 129 paràgraf segon de la Llei Hipotecària s'ha de considerar derogat per la disposició transitòria tercera de la Constitució Espanyola per oposició a l'article 117.3 de la mateixa "**.

La Sala Primera del Tribunal Suprem ha reiterat posteriorment aquesta doctrina en les Sentències de 25 de maig de 2009 (RJ 2009 \ 3041), de 14 de juliol de 2008 (RJ 2008 \ 3364), de 10 d'octubre de 2007 (RJ 2007 \ 6846), de 13 de desembre de 2005 (RJ 2005 \ 10169), de 20 d'abril de 1999 (RJ 1999 \ 2589) i de 30 de gener de 1999 (1999 \ 331). De tota manera he d'advertir que la totalitat d'elles declaren la nul · litat de la venda extrajudicial realitzada abans de l'entrada en vigor de la LEC, que com ja he indicat en la disposició final 9.7 va donar nova redacció de l'article 129 de la Llei Hipotecària regulant de nou la venda extrajudicial.

La contradicció de les sentències va provocar que la secció sisena de l'Audiència Provincial de València elevés al Tribunal Constitucional la qüestió d'inconstitucionalitat 1919/1999, que va ser resolta per la Sentència del Ple del

Tribunal Constitucional 224/2006, de 6 de juliol. En la mateixa s'inadmet la qüestió perquè considera que "no es sotmet al coneixement d'aquest Tribunal un dubte raonat sobre la possible inconstitucionalitat del paràgraf segon de l'art. 129 LH, és a dir, una explicació comprensible de les raons en virtut de les quals l'òrgan promotor de la qüestió dubta de la constitucionalitat del precepte legal, sinó una mera exposició doctrinal i jurisprudencial a favor i en contra d'aquesta constitucionalitat, perquè resolguem per quin cal decantar ". A continuació afegeix que el plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat "requereix l'efectiva existència de dubtes sobre la constitucionalitat del precepte, dubtes que, com ha quedat dit, han de ser exterioritzades per l'òrgan judicial, quedant degudament reflectides en la interlocutòria de plantejament de la qüestió ". En no fer-inadmet la qüestió.

D'altra banda la Direcció General del Registre i del Notariat també s'ha plantejat l'eficàcia de la venda extrajudicial. En la Resolució de 24 de març de 2003 (RJ 2003 \ 3957) ha afirmat que "s'ha de tenir en compte que, si bé es reconeix als jutges i tribunals la facultat de declarar inaplicable una norma preconstitucional per considerar derogada per la Constitució (cf. ., per totes, les sentències del Tribunal Constitucional números 4, 9 i 11, de 2 de febrer [RTC 1981, 4], 31 de març i 8 d'abril de 1981, respectivament), el cert és que només les sentències del Tribunal Constitucional que declarin la inconstitucionalitat d'una llei tenen - «erga omnes» i amb caràcter definitiu- la virtualitat d'expulsar de l'ordenament jurídic la norma de manera que no pugui ser aplicada en endavant (cf. article 164.1 de la Constitució). A més, tampoc pot oblidar-se que les Sentències de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 16 (RJ 1995, 7054) i 23 octubre 1995 van admetre la constitucionalitat i legalitat del procediment. ".

De la mateixa manera la Resolució de la Direcció General del Registre i del Notariat 1/2005 de 29 de desembre (RJ 2006 \ 744) declara inscriptible una venda extrajudicial que el registrador s'havia negat perquè "es tracta d'una alienació extrajudicial del bé immoble hipotecat basada en un pacte inscrit la validesa del qual es presumeix mentre no recaigui la corresponent declaració judicial en contra (cf. Article 1 de la Llei Hipotecària). Atès que només els òrgans judicials (en el cas concret), i no el registrador poden declarar

inaplicable una llei preconstitucional per considerar-la derogada per la Constitució, s'ha de concloure que la qualificació registral ara debatuda excedeix de l'àmbit que estableix l'article 18 de la Llei Hipotecària ".

Després de l'entrada en vigor de la reforma de l'article 129 de la Llei Hipotecària per la Llei 1/2000, d'Enjudiciament Civil, s'han plantejat diversos processos instant la nul·litat de la venda extrajudicial al·legant els arguments utilitzats pel Tribunal Suprem per declarar la inconstitucionalitat sobrevinguda de la venda extrajudicial en la redacció originària. No obstant això, els tribunals no l'han declarada i s'han negat a plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional tal com sol·licitava l'actor. Així la Sentència de la secció 14a de l'AP de Màlaga número 224/2012, de 30 d'abril (AC 2012 \ 985) es nega a plantejar-la perquè "davant la manca de solidesa substantiva en el seu postulat, les objeccions que la part apel·lant va oposar respecte a la constitucionalitat de l'article 129 LH en la nova redacció no gaudeixen -segons el criteri d'aquest Tribunal- de l'habilitat jurídico-material necessària per modificar la decisió -correcta, insistim- que, només els extrems discutits, ha estat adoptada en la Resolució recorreguda. Motiu pel que tot i que es posi formalment en consideració d'aquesta sala que es plantegi qüestió d'inconstitucionalitat, no considerem que sigui procedent aquest plantejament ".

El recurrent també va plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Suprem en el recurs de cassació que va ser resolt per la Sentència de la Sala Civil, secció 1a, del Tribunal Suprem número 703/2008, de 14 de juliol (RJ 2008 \ 3364). En el text d'aquesta sentència no hi ha cap referència a la qüestió d'inconstitucionalitat al voltant de la redacció de l'article 129 LH que fa la LEC, perquè l'objecte del recurs era una venda extrajudicial realitzada durant la vigència d'aquest precepte abans de la seva modificació. No obstant això, GULLÓN BALLESTEROS, en el seu vot particular ens dóna notícia de la petició i el rebutja també perquè "aquesta resolució per res es fonamenta en el citat precepte".

Després d'exposar l'evolució legislativa vull remarcar com d'estrany és que és que després de ser declarada la inconstitucionalitat sobrevinguda de l'anterior

regulació, que és cert que només era eficaç en el procés concret en què es va declarar, l'aprovació de la LEC sembla que ha dotat de validesa constitucional a aquesta institució. En la meua opinió l'essència per resoldre aquesta qüestió és la naturalesa jurídica i el com es garanteix el dret de defensa del deutor hipotecari i dels tercers⁵⁰.

A) La naturalesa jurídica de la venda extrajudicial.

A la controvèrsia jurisprudencial hi ha un element que és essencial per delimitar la constitucionalitat o no de la venda extrajudicial i és la naturalesa jurídica d'aquesta. Des d'un principi s'ha presentat com una alternativa a l'execució hipotecària judicial, de manera que les comparacions amb el mateix han estat impossibles d'evitar. Al principi la doctrina hipotecarista va qualificar el procés d'execució hipotecària com un procés de jurisdicció voluntària, la qual cosa va ser rebut per la doctrina processalista afirmant que ens trobàvem davant d'un procés d'execució de caràcter jurisdiccional⁵¹. Actualment de forma unànime es concep el procés d'execució hipotecària com un procés jurisdiccional.

La confusió sobre la naturalesa jurídica del procés d'execució hipotecària judicial ha provocat que s'estengués a la venda extrajudicial. Des dels seus orígens es va realitzar aquesta comparació quan en realitat ens trobem davant procediments de diferent naturalesa. A l'actualitat cal assenyalar les següents diferències:

- En el procés d'execució hipotecària judicial el Tribunal ha de fer una anàlisi del títol executiu, debatent en aquest moment l'anàlisi de qüestions de la legitimació activa quan l'actor no coincideix amb el titular registral⁵² o bé

⁵⁰ Veure ampliament DELGADO RAMOS, a "el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos", a *La Venta Extrajudicial del Bien Hipotecado*, Granada, 2012, pp. 107 y ss.

⁵¹ Veure ampliament l'anàlisi que realitza MARTIN DIZ (a *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre los bienes inmuebles*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 108 i ss.) i MONTERO AROCA (en *Ejecución de hipoteca inmobiliaria*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 203 i ss.).

⁵² Per exemple la Sentència de la secció 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de gener de 2013.

l'anàlisi del caràcter abusiu d'alguna de les clàusules com els interessos moratoris pactats⁵³. No obstant això, en la venda extrajudicial el notari analitza la regularitat formal de l'escriptura d'hipoteca i que contingui el pacte de venda extrajudicial i la representació per a la realització de la venda.

- En el procés d'execució hipotecària es permet que el deutor hipotecari formuli oposició per motius materials. De fet a l'actualitat s'està debatent si s'ha de permetre ampliar les causes d'oposició processals. No obstant això, en la venda extrajudicial el deutor hipotecari no pot articular cap causa d'oposició ja que no es tracta d'un procés jurisdiccional.

- En el procés d'execució hipotecària el deutor hipotecari pot articular les causes d'oposició que no va poder al·legar en aquest procés a través del procés declaratiu posterior, produint efectes de cosa jutjada les que haviem de ser al·legades en el procés d'execució hipotecària. No obstant això, en la venda extrajudicial el deutor hipotecari només pot acudir al procediment declaratiu, amb els efectes que indicaré en els següents apartats.

- És a dir, el procés d'execució hipotecària té efectes de cosa jutjada, si bé limitat a aquelles causes d'oposició que es van poder al·legar en el mateix. No obstant això, la venda extrajudicial mai produeix l'efecte de cosa jutjada.

La funció del notari en la venda extrajudicial ha estat delimitada en nombroses ocasions per la jurisprudència. Així la Sentència de la Sala Cviil del Tribunal Suprem nombre 803/2011, de 29 de març, afirma que el notari exerceix una funció pública, motiu pel que li és exigible el control de la legalitat que imposa l'article 147 del Reglament notarial. Tal com indica aquesta sentència la intervenció notarial "va dirigida a garantir la regularitat formal de l'alienació", havent de controlar la legalitat del procés.

⁵³ Els acords dels Magistrats de l'Audiència Provincial de Girona de 14 de novembre de 2009 i el dels Magistrats de l'Audiència Provincial de València de 15 de novembre de 2012.

GASCON Inchausti analitza la funció del notari en el procediment de venda extrajudicial i afirma que analitza la regularitat formal, posa al servei de la venda extrajudicial una infraestructura, intervé en l'escriptura pública i aporta el que fa falta segons la Llei Hipotecària perquè tingui accés al Registre de la Propietat, i media en la venda del bé amb objectivitat. Tal com afirma "és una forma fèrriament reglamentada de fer efectiva una garantia privada, entre subjectes privats, sense necessitat que intervingui l'autoritat judicial"⁵⁴.

Des d'aquesta perspectiva el notari no realitza cap acte de coerció, sinó que tan sols analitza la regularitat formal del títol i la correcció del procediment previst en el Reglament Hipotecari. És a dir, una activitat no jurisdiccional, motiu pel que no és incompatible amb l'art. 117.3 CE. Aquest argument el reforça la LEC al permetre en el seu art. 641 LEC que "el bé el realitzi una persona especialitzada i coneixedora del mercat en què es compren i venen aquests béns" i que "el bé s'alieni per mitjà d'entitat especialitzada pública o privada", de manera que el legislador admet que la venda no es tracta d'una activitat jurisdiccional.

Aquestes diferències justifiquen que ens trobem davant de processos que tenen una naturalesa diferent, sent l'element diferenciador la producció d'efectes de cosa jutjada del procés d'execució hipotecària. I aquesta és la característica essencial de la jurisdicció respecte d'altres processos que no tenen caràcter jurisdiccional. Conseqüentment el procés d'execució hipotecària té caràcter jurisdiccional.

Com ja he indicat la venda extrajudicial no produeix mai l'efecte de cosa jutjada, per la qual cosa no es pot afirmar el seu caràcter jurisdiccional. Tot i això un sector doctrinal l'ha assimilada a un procés d'execució⁵⁵ per aplicar analògicament la regulació que es realitza del procés judicial d'execució

⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998", a *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, 1998, p. 1308.

⁵⁵ En aquest sentit GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, "Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución", a *La Venta Extrajudicial del Bien Hipotecado*, Granada, 2012, pp. 50 i ss.

hipotecària per completar el que consideren llacunes legals, com la no possibilitat d'oposar-se a aquesta remetent al procés declaratiu posterior.

Aquesta confusió no només és doctrinal sinó que és en gran mesura responsabilitat del legislador. Ja he indicat com a la reforma del Reglament Hipotecari pel Reial decret 290/1992, la modificació de l'article 236 ñ RH va remetre l'oposició del deutor hipotecari als cinc últims apartats de l'article 132, reobrint el debat sobre la naturalesa jurídica de la venda extrajudicial⁵⁶. L'assimilació de la venda extrajudicial al procés d'execució va provocar la declaració d'inconstitucionalitat sobrevinguda d'aquest procediment per la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem número 402/1998, de 4 de maig (RJ 1998 \ 3464) i les sentències posteriors dictades per aquesta Sala provocant la discussió jurisprudencial i la posició de la Direcció General del Registre i del Notariat que he referenciat en l'apartat anterior.

En la seva regulació originària el Reglament hipotecari preveia expressament que si s'anotava en el Registre l'oposició formulada es suspendria el procediment extrajudicial. És a dir, no es discutia l'abast del control jurisdiccional sobre la venda extrajudicial que es podia arribar a suspendre a través de l'adopció d'una mesura cautelar d'anotació preventiva de la demanda del procediment ordinari. No obstant això, la reforma de l'RH de 1992 va eliminar aquesta previsió i assimila la venda extrajudicial al procediment judicial hipotecari en remetre a la regulació dels cinc últims apartats de l'article 132 LH, que regula les causes de suspensió d'aquest últim d'una manera restrictiva⁵⁷.

⁵⁶ Aquest evolució porta a què ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL i BERNÀ I XIRGO afirmen que abans de la reforma processal del 2000 "había base para afirmar que se trataba de un proceso de ejecución pura" i qu'edespres de l'entrada en vigor de la Llei 1/2000, de Enjudiciament Civil, "el procedimiento extrajudicial contiene el marco para el ejercicio de un derecho privado sujeto a unos requisitos legales cuyo control es notarial" (op. cit., p. 474).

⁵⁷ GONZALES-MENESES GARCIA-VALDECASAS, afirmando el carácter de ejecución de la venta extrajudicial, analiza su constitucionalidad y plantea que "no me parece del todo descartable que en este nuevo contexto normativo (y sobre todo en este nuevo contexto social) la doctrinal del año 1981, que se sigue manteniendo para el procedimiento judicial especial de ejecución hipotecaria, pudiera ser revisada por el Tribunal Constitucional si se plantease ahora la cuestión directamente en relación con el procedimiento notarial de ejecución" (en "Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria", cit., p. 65).

Aquesta decisió legislativa va ser errònia ja que és evident que el notari no exerceix activitats jurisdiccionals, de manera que no es pot assimilar la seva actuació amb la dels tribunals. Per això no pot aplicar analògicament.

Si es considera que la venda extrajudicial notarial és un procés d'execució el mateix és inconstitucional en ser contrari a l'article 117.3 CE que preveu que els jutges i tribunals tenen competència exclusiva per fer executar allò que s'ha jutjat. La qüestió que es plantegen les sentències de la Sala Primera del Tribunal Suprem que van declarar la inconstitucionalitat sobrevinguda és que "vigent la Constitució Espanyola, no és conseqüent que s'admetin formes o manifestacions d'execució extrajurisdiccionals, ja que el monopoli de l'execució, correspon, en aquest àmbit, exclusivament al poder judicial ... No es pot, ..., en aquest ordre, que es confongui la fase processal de declaració que, en la seva intenció i desenvolupament, depèn, en molt de la voluntat de les parts, fins al punt que es pot excloure per formes de l'anomenada justícia privada, com l'arbitratge, o altres maneres d'elaboració de títols executius no jurisdiccionals, que s'aturen, precisament, davant l'obligada execució forçosa del laude o del títol executiu extrajudicial, només per òrgans de la jurisdicció"⁵⁸ .

Una altra posició és afirmar que la venda extrajudicial no implica l'exercici de cap acte de coerció, al meu entendre la correcta, i és conseqüència del pacte entre les parts⁵⁹. Així CABALLOL ANGELATS afirma que "l'embargament i la trava del bé en tots els processos de realització hipotecària té lloc en el moment de constitució de la hipoteca" i si l'executat s'oposa a la posada en possessió de l'adjudicatari sobre el bé, "el Reglament Hipotecari estableix la facultat de l'adquirent d'instar la posada en possessió davant el Jutjat de primera instància del lloc on es troba situada la finca"⁶⁰. És a dir, sosté la

⁵⁸ STS de 20 de abril de 1999 (RJ 1999\2589).

⁵⁹ ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL i BERNÀ I XIRGO (op. cit., pp. 473 y ss) i GASCÓN INCHAUSTI ("Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1998", a Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 48, 1998, pp. 1168).

⁶⁰ CABALLOL ANGELATS, *Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria*, a "la Ley", 1999-3.

constitucionalitat del procediment d'execució extrajudicial en la mesura en què el notari no realitza cap acte de coerció⁶¹.

En el mateix sentit la Direcció General del Registre i del Notariat en la Resolució de 24 de març de 2003 (RJ 2003 \ 3957) afirma que "l'alienació forçosa constitueix un mer desenvolupament de l'eficàcia de la hipoteca". A la Resolució 1/2005, de 29 de desembre (RJ 2006 \ 744) afirma que "es tracta d'una alienació extrajudicial de l'immoble hipotecat basada en un pacte inscrit la validesa del qual es presumeix mentre no recaigui la corresponent declaració judicial en contra".

És indubtable que en a assumir l'Estat el monopoli de la jurisdicció, prohibeix simultàniament l'autotutela dels seus ciutadans per aconseguir la pau social i la seguretat jurídica. Però no pot impedir que aquests disposin dels seus drets com considerin convenient, és a dir, que una persona realitzi actes de disposició en la seva esfera jurídica. L'Estat només pot establir limitacions a aquest dret que es fonamentin en un excés en l'àmbit d'actuació que pugui afectar a l'ordre públic o a tercers⁶². I la venda extrajudicial no implica autotutela del dret ni cap tipu d'activitat executiva.

Si s'analitza el contingut dels arts. 129 de la Llei Hipotecària i de l'art. 236 aa ñ del Reglament Hipotecari es constata que el deutor hipotecari autoritza al constituir la hipoteca a què la venda del bé hipotecat s'alieni per un tercer en cas d'impagament de les quotes corresponents. És a dir, l'autoritza expressament a realitzar la venda del bé per al pagament del deute.

Com argument addicional el TS declarava la inconstitucionalitat d'aquest procediment perquè es tractava d'una llei preconstitucional⁶³. No obstant això,

⁶¹ En el mateix sentit es pronuncien GOMEZ DE LIAÑO (*Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la ley Hipotecaria*, a "la Ley", 22 de juliol de 1998) i GASCON INCHAUSTI (en op. cit., p. 1308).

⁶² Veure extensament l'anàlisi que realitzo a *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000, pgs. 43 i ss.

⁶³ SANTAOLALLA reconeixia com a únic vici de la venda extrajudicial la insuficiència del seu rang, motiu pel que conclouia que la solució era que s'inclogués la seva regulació essencial a la Llei Hipotecària (a "Jurisdicción y ejecución extrajudicial", a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, año 74, número 748, p. 1686).

la LEC reforma l'art. 129 de la Llei Hipotecària en la disposició final 9^a.4^a de la LEC, de manera que només es podrà declarar la seva inconstitucionalitat pel TC. Amb aquesta modificació el legislador ha superat l'objecció que plantejava el TS a la circumstància que no s'hagués previst expressament per una llei, sinó tan sols en l'àmbit reglamentari.

Com a conclusió la venda extrajudicial no és una activitat jurisdiccional i no es pot assimilar. Partint d'aquesta premissa no es pot aplicar analògicament la LEC a la regulació del Reglament Hipotecari, ja que aquesta només regula la venda extrajudicial. Així ho ha declarat la Direcció General del Registre i del Notariat en la Resolució de 17 de setembre de 2012 al negar l'aplicació de la via de constrenyiment o de la notificació edictal que preveu la LEC a la venda extrajudicial.

B) La intervenció del deutor hipotecari a la venda extrajudicial.

L'article 236 c del Reglament Hipotecari regula la intervenció del deutor hipotecari en un primer moment per realitzar el requeriment de pagament. L'apartat quart preveu que "si no es pogués practicar el requeriment en alguna de les formes indicades, el notari ha de donar per acabada la seva actuació i per concluda l'acta, quedant expedita la via judicial que correspongui".

L'article 236 f, apartat 5, del Reglament Hipotecari, preveu que "el notari comunicarà per correu certificat al titular de l'última inscripció de domini, el lloc, dia i hora fixats per a les subhastes".

L'article 236 g apartat 7 del Reglament Hipotecari preveu que en la tercera subhasta quan la postura és inferior al tipus de la segona, "el creditor que no hagués estat rematant, l'amo de la finca o un tercer autoritzat per ells podran millorar la postura en el termini de cinc dies".

Els articles 236 lletres ñ i o del Reglament Hipotecari regulen l'oposició del deutor hipotecari. Aquests preceptes preveuen que el notari només suspendrà les actuacions "quan s'acrediti documentalment la tramitació d'un procediment

criminal, per falsedat del títol hipotecari en virtut del qual" (art. 236 ñ RH) i remet al que preveuen els "cinc últims paràgrafs de l'article 132 de la Llei Hipotecària" per al plantejament de la resta de reclamacions que puguin formular el deutor, als tercers posseïdors i els altres interessats "(236 o RH).

L a intervenció del deutor hipotecari en la venda extrajudicial es limita a que pagui i a comunicar-li, en el cas que fos el titular de la finca, el lloc dia i hora fixats per a les subhastes. A més, si la millor postura és inferior al 75% del tipus de la primera subhasta (que és el valor de taxació que figuri en l'escriptura d'hipoteca) podrà millorar-la en el termini de cinc dies.

Aquesta participació tan limitada ha estat justificada per la Direcció General del Registre i del Notariat remetent-se a la Sentència del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de desembre ja esmentada. Si bé la referència la fa de manera parcial ja que quan es va dictar la mateixa, recordem que si s'iniciava un judici declaratiu en què s'oposés a la venda extrajudicial i s'anotés en el Registre de la Propietat, la venda extrajudicial es suspendria.

Aquesta qüestió fa que s'hagi plantejat la inconstitucionalitat de la venda extrajudicial en la seva actual regulació. DELGADO RAMOS afirma que quan el crèdit hipotecari s'hagi concertat amb un consumidor el pacte de venda extrajudicial "té seriosos riscos de ser considerat no només inconstitucional com diu el Tribunal Suprem, sinó il·legal per abús i, per tant, nul, per produir una minva dels drets i garanties que el consumidor tindria si no hi ha aquest pacte "⁶⁴ .

El problema és que el caràcter abús i de la clàusula, o qualsevol altra excepció que es vulgui oposar, no es pot al·legar davant el notari i no està previst que suspengui la venda extrajudicial. A continuació plantejarem els mecanismes processals que pot utilitzar el deutor hipotecari per oposar-se a la venda extrajudicial i els efectes d'aquest.

⁶⁴ DELGADO RAMOS, en "El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos", en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*, Granada, 2012, p. 114.

2.1.4. Les possibilitats processals.

A la venda extrajudicial no està previst que el deutor hipotecari ni un tercer amb interès legítim pugui oposar cap motiu d'oposició davant el notari que actüi. Però, en la meua opinió el deutor hipotecari té diverses alternatives processals per oposar-se a la venda extrajudicial. A continuació analitzaré els diferents moments i els mecanismes processals a través dels quals es pot articular l'oposició.

A) Abans de la subhasta

a. La realització d'al·legacions davant el notari actuant.

Tal com he analitzat en la venda extrajudicial la intervenció del deutor hipotecari és molt limitada i no es preveu que pugui oposar cap motiu d'oposició. Malgrat aquesta escassa regulació entenc que una opció que tindria és fer una al·legació davant del notari perquè la recollís a la diligència indicant la causa d'oposició que va a al·legar en el judici declaratiu corresponent. Aquesta afirmació, per si sola, no produiria mai l'efecte de suspendre la venda extrajudicial ja que no està prevista com una causa de suspensió.

De tota manera s'ha d'advertir que aquesta opció és discutible. Així GÓMEZ-FERRER SAPIÑA afirma que "El precepte⁶⁵ no només impedeix que es suspendgui el procediment, sinó també que es facin constar en l'acta les possibles reclamacions de deutor, tercer posseïdor o altres interessats, ja que poden tenir per objecte dificultar la venda extrajudicial o fer poc atractiva l'adquisició dels béns perjudicant així al creditor "⁶⁶.

⁶⁵ Fa referència a l'article 236 o del Reglament Hipotecari, que entén que es remeti a l'article 698 LEC.

⁶⁶ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 11 de la versió digital (referència Tirant On Line TOL1.651.496, epígraf 10).

b. A través d'un procés judicial. Efectes del mateix i possible sol·licitud d'una mesura cautelar.

a. El procés judicial.

L'article 236 o del Reglament Hipotecari regula l'oposició del deutor hipotecari a la venda extrajudicial i remet al que preveuen els "cinc últims paràgrafs de l'article 132 de la Llei Hipotecària per al plantejament de la resta reclamacions que puguin formular el deutor, els tercers posseïdors i els altres interessats". Aquesta remissió actualment no és aplicable perquè aquests preceptes van ser modificats quan es va reformar la Llei Hipotecària amb l'aprovació de la Llei 1/2000, d'enjudiciament civil. Per aquest motiu la Direcció General del Registre i del Notariat ha entès que s'ha d'entendre realitzada a la actualitat a l'article 698 LEC⁶⁷.

Jo no estic d'acord amb aquesta conclusió. Tal com he exposat anteriorment no es pot aplicar analògicament la LEC a la regulació de la venda extrajudicial ja que no són processos que tinguin la mateixa naturalesa jurídica. Per això la remissió que realitza l'article 236 o RH s'ha d'entendre per no posada davant la modificació de l'article 132 LH, que regula actualment un aspecte diferent de la venda extrajudicial. El que no es pot fer és negar l'aplicació de la LEC al procediment de venda extrajudicial per realitzar la notificació al deutor hipotecari o realitzar una subhasta única, però acudir-hi per dotar d'una major força jurídica al procediment de venda extrajudicial remetent a la regulació de l'article 698 LEC.

Els motius són evidents. El procés d'execució hipotecària té caràcter jurisdiccional i s'hi poden al·legar causes d'oposició, que suspenen la tramitació de l'execució hipotecària. Només per l'al·legació d'altres excepcions l'article 698 LEC remet al judici declaratiu posterior sense que es pugui adoptar la mesura cautelar de suspendre l'execució hipotecària, però sí que es poden

⁶⁷ GONZALEZ POVEDA, *La jurisdicción Voluntaria*, 2008, p. 162.

adoptar altres com l'anotació preventiva de demanda o la retenció de les quantitats obtingudes amb la realització del bé hipotecat.

No obstant això, si es considera la venda extrajudicial com un procés de jurisdicció voluntària seria discutible que l'efecte de l'inici d'un procés declaratiu posterior transformés el procediment de voluntari en contenciós (article 1817 LEC). Així la Sentència del Tribunal Suprem de 18 octubre 1910 va declarar que "tot i els termes de l'article 1817 LEC, no és aplicable a tots els actes de jurisdicció voluntària, pel que preveu article 1824, sinó també per haver establert la jurisprudència altres casos d'excepció, sense que aquest article tingui aplicació quan l'acte de jurisdicció voluntària té un caràcter coercitiu sobre la voluntat de l'opositor ". Tal com afirma GONZALEZ POVEDA "aquest criteri es pot aplicar als procediments de jurisdicció voluntària dirigits a constituir cauteles o els assegurances i a fer efectius drets (mesures executives)"⁶⁸ .

En aquests casos hi ha una oposició implícita, de manera que no es produeix aquesta conversió de manera automàtica⁶⁹. En aquest sentit s'han pronunciat les sentències del Tribunal Suprem de 3 de juny de 1959 i de 31 octubre 1958. GARRIGA ARIÑO afirma que aquesta conversió no es produeix en aquests casos perquè "l'existència d'oposició no varia ni la naturalesa ni el contingut essencial de l'objecte de l'expedient"⁷⁰. Igual que en altres

⁶⁸ Si bé hem de tenir en compte que el projecte de llei de jurisdicció voluntària remès pel Govern al Congrés dels Diputats (loc. Cit.), preveu en el seu article 7 que "cuando durante la tramitación del expediente surja una controversia entre los interesados que impida su continuación, se procederá a su archivo, excepto los expedientes en que esté comprometido el interés de un menor o incapaz, que continuará tramitándose hasta su conclusión". Entenem que l'aplicació automàtica d'aquesta norma determinarà que tots aquells expedients en els que hi hagi implícita una oposició, com és el cas que analitzem en el present article, quedaran sense efecte. Per això seria desitjable que es tornés al criteri de la ponència que preveia que la formulació de l'oposició no farà contenciós l'expedient (veure SEOANE CAHARON, loc cit.). Veure ampliament la crítica que realitza FERNANDEZ DE BUJAN, a "Observaciones al proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, de octubre de 2006 (I)", a *La Ley*, 27 de novembre de 2006, pàgina 6 de la versió electrònica. En el mateix sentit es pronunciava l'informe del CGPJ y del Consell Fiscal a l'anteprojecte.

⁶⁹ En aquest sentit GÓMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, con MONTERO AROCA, MONTON REDONDO y BARONA VILAR, Valencia, 2002, p. 910.

⁷⁰ GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, Madrid, 2003, p. 216.

expedients de jurisdicció voluntària⁷¹, en el que estem analitzant l'oposició no determina la conversió de l'expedient de jurisdicció voluntària en contenciosa. Tal com afirma RAMOS MENDEZ la possible existència de controvèrsia entre les parts perd importància en aquests actes de jurisdicció voluntària perquè aquestes diligències tenen una finalitat determinada i limitada pel que fa al seu abast i perquè si es convertís en contenciós frustraria seva utilitat⁷².

La necessitat d'acudir a un procés declaratiu no ve motivada per la remissió legal, sinó perquè és el mecanisme previst per la llei per resoldre els conflictes d'interessos entre les parts. Una qüestió diferent és que l'inici d'aquest hagi d'implicar de forma automàtica la suspensió de la venda extrajudicial. En la meua opinió aquesta circumstància no és adequada perquè implicaria que l'al·legació de qualsevol motiu d'oposició determinaria la suspensió de la venda extrajudicial. I això pot implicar un ús abusiu, que és precisament el que va intentar evitar el legislador en modificar el Reglament hipotecari.

El procés declaratiu posterior es regirà per les normes de la LEC, tant per determinar el procediment com la competència de l'òrgan jurisdiccional.

Una qüestió fonamental serà l'objecte del procés. En la demanda es podran articular totes les causes d'oposició a la realització de la venda extrajudicial, determinant en algun dels casos la nul·litat d'aquesta i en altres la pluspetició. En el primer cas es podria al·legar el caràcter abusiu de la inclusió del pacte de venda extrajudicial en l'escriptura de constitució d'hipoteca quan el deutor tingui la consideració de consumidor, la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat per l'impagament de només una de les quotes, la prescripció, el pagament del deute hipotecari o la infracció d'alguna de les

⁷¹ GARRIGA ARIÑO realitza una classificació d'expedients de jurisdicció voluntària en relació amb els efectes que produeix l'oposició sobre els mateixos, interessant-nos als efectes d'aquest treball el grup en el que l'oposició no afecta al procediment perquè ho exigeix la finalitat del mateix, citant les sentències del TS de 10 de febrer de 1899, de 22 de febrer de 1905, de 10 de desembre de 1906, de 27 de gener de 1917, de 18 de octubre de 1918 i de 8 d'abril de 1974 (en op. cit., pp. 219 i ss., especialment nota 188).

⁷² RAMOS MENDEZ, en *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, edit. Civitas, Madrid, 1978, p. 43.

formalitats previstes en el Reglament Hipotecari. Totes aquestes al·legacions determinaran la nul·litat de la venda extrajudicial.

D'altra banda es pot al·legar la nul·litat de la clàusula sòl o el caràcter abusiú dels interessos moratoris. Aquestes tipus d'al·legació determinaria només l'existència d'una pluspetició i que en el moment de distribució de la quantitat obtinguda per la subhasta hauria de lliurar-se un import diferent per part del deutor hipotecari.

Respecte del moment en què es pot iniciar el procés declaratiu entenc que el deutor hipotecari pot fer-ho sense esperar el procediment de venda extrajudicial⁷³. Ja he analitzat la seva intervenció en aquest tipus de procediment i s'ha comprovat com no pot articular cap motiu d'oposició. Per això no ha d'esperar a la seva finalització.

b'. L'adopció de mesures cautelars.

Quan s'inicia el procés declaratiu és planteja la qüestió de si és pot adoptar o no una mesura cautelar⁷⁴. Com he exposat en la seva regulació originària la venda extrajudicial és suspènica pel fet d'adoptar la mesura cautelar d'anotació preventiva de la demanda del judici ordinari en què s'articulés l'oposició al mateix. No obstant això el Reial decret 290/1992 va modificar l'article 236 o RH, remetent a l'article 132 LH, que regulava les causes de suspensió del procés judicial hipotecari, limitant les causes de suspensió i prohibint-la quan s'iniciés un procés declaratiu. Aquesta remissió ha quedat sense contingut per la reforma d'aquest precepte que va fer la LEC. A més, tal com he exposat, la seva naturalesa jurídica impedeix que es pugui aplicar analògicament la previsió de l'article 698 LEC.

Un acte de jurisdicció voluntària de caràcter coercitiu no es transformarà en contenciós pel fet de formular oposició. Però una cosa és que no s'acordi la

⁷³ En el mateix sentit DIAZ FRAILE, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tom VII, vol. edit. Edersa, Madrid, 2000, p. 1382.

⁷⁴ Veure ampliament l'anàlisi que realitzo de les mesures cautelars a la monografia de PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, 2012.

suspensió automàtica de la venda extrajudicial i una altra és que l'òrgan jurisdiccional que conegui del procés declaratiu en què s'articula l'oposició a la venda extrajudicial no pugui ordenar una mesura cautelar de suspensió, o qualsevol altra, de la venda extrajudicial que asseguri l'eficàcia del procés jurisdiccional. Com hem dit en la seva redacció originària l'article 236 o RH preveia la suspensió de la venda extrajudicial quan s'annotés preventivament la demanda en què s'hagi formulat l'oposició a aquest.

Un dels requisits essencials és la idoneïtat de la mesura sol·licitada. L'exigència de la idoneïtat de la mesura implica que no es pot aconseguir per la via cautelar una conseqüència diferent a assegurar l'eficàcia del procés principal. És a dir, només si es planteja la nul·litat de la venda extrajudicial per al·legacions referents al títol (caràcter abusiu d'alguna de les clàusules com la de venciment anticipat o l'al·legació de la prescripció o del pagament) es podrà acordar la suspensió del procediment notarial, tal com exposaré a continuació. En canvi, si l'objecte del procés provoqués una pluspetició de la reclamació, la conseqüència seria reduir la quantitat que hauria lliurar finalment al creditor hipotecari, però la venda seria totalment vàlida i eficaç.

A priori les mesures cautelars idònies poden ser la suspensió de la venda extrajudicial⁷⁵, l' anotació preventiva de demanda⁷⁶ o la retenció de les quantitats⁷⁷ que s'obtinguin a la subhasta.

L'adopció de la mesura cautelar es regirà per la previsió dels articles 721 i ss. LEC i aquesta no pot tenir caràcter automàtic. El sol·licitant ha al·legar i acreditar la concurrència dels pressupostos d'adopció de les mesures

⁷⁵ Tal com s'ha indicat, abans de la modificació del Reglament Hipotecari pel Decret 290/1992, de 24 de març, l' anotació preventiva de demanda en el judici declaratiu implicava la suspensió de la venda extrajudicial.

⁷⁶ En un procés ordinari posterior a l'execució hipotecaria judicial, les interlocutòries de la secció 1^a de l'Audiència Provincial de Tarragona número 41/2011, de 15 de abril (JUR 2011\198174) i de la secció 4a de la Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 25 de febrer de 2002 (AC 2002\642) adopten la mesura cautelar de l' anotació preventiva de demanda.

⁷⁷ És la mesura cautelar prevesta per l'art. 698 LEC per assegurar l'efectivitat del procés declaratiu posterior al judici hipotecari judicial.

cautelars. Aquests són el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* i l'ofertament de caució.

El *fumus boni iuris* vindrà determinat per l'aparença jurídica favorable de la pretensió exercitada per l'actor en el procés declaratiu. En aquest cas el sol·licitant de la mesura ha al·legar i acreditar la seva concurrència.

El *periculum in mora* és el risc que existeix que la sentència que es dicti no serà eficaç. En aquest cas caldrà distingir en funció del tipus de mesura cautelar que es sol·liciti i l'objecte del procés.

Finalment el sol·licitant ha d'oferir una caució per respondre dels danys i perjudicis que ocasioni al demandat l'adopció de la mesura cautelar per al cas en què aquesta s'alci per qualsevol de les causes previstes a la Llei. Per calcular-la s'haurà de valorar tant els danys que es causin en el cas concret com la intensitat del *periculum in mora*. En aquest cas concret la caució que s'ha d'oferir no serà la mateixa si es demana una anotació preventiva de demanda que si és tracta d'una mesura cautelar de suspensió de la venda extrajudicial. En el primer cas la venda es realitzarà, però es donarà publicitat de la litispendència del procés perquè si un tercer adquireix el bé immoble la sentència que es dicti sigui eficaç. En el segon cas es suspèndrà el procediment de venda extrajudicial en l'estat en què es trobi. Les conseqüències econòmiques seran diferents en un cas i en un altre, element que influirà en la caució que s'ha d'oferir.

B) Després de la subhasta.

Un cop realitzada la subhasta l'article 236 I RH preveu que "verificat el remat o l'adjudicació i consignat, si és el cas, el preu, es procedirà a la protocol·lització de l'acta i l'atorgament de l'escriptura pública pel rematant o l'adjudicatari i l'amo de la finca o les persones designades d'acord l'article 234". L'apartat tercer d'aquest precepte preveu que l'escriptura és títol suficient per a la inscripció.

En aquest moment el deutor hipotecari tindrà diversos mecanismes processals per articular la seva oposició, depenent de l'actuació de l'adquirent en la venda extrajudicial.

a. El procés declaratiu posterior.

La primera possibilitat que tindrà el deutor és exercitar l'oposició a través d'un procés declaratiu, tal com he exposat en l'apartat anterior. No obstant això, si pretén la declaració de nul·litat de la venda extrajudicial i, conseqüentment, del seu resultat, haurà de demandar tant al creditor hipotecari com l'adquirent quan aquest sigui un tercer. En aquest cas la dificultat vindrà determinada per l'abast de l'eficàcia de la sentència respecte del tercer adquirent quan aquest sigui de bona fe o el bé s'hagi transmès la finca a un tercer. Per això és aconsellable que s'iniciï el procés declaratiu abans que finalitzi la venda extrajudicial.

b. En el procediment en què l'adquirent reclami la possessió del bé immoble.

Altres opcions vindran determinades pel mitjà processal que utilitzi l'adquirent per reclamar la possessió del bé immoble.

L'article 236 m RH preveu que "l'adjudicatari podrà demanar la possessió dels béns adquirits al jutge de primera instància del lloc on radiquin".

Aquest precepte no indica quina és la via processal que s'haurà d'utilitzar per sol·licitar-la. Aquesta circumstància ha motivat que s'hagin plantejat diferents alternatives. CORDERO LOBATO considera aplicable analògicament allò que preveuen els articles 661 i 675 LEC⁷⁸. GÓMEZ-FERRER creu aplicable l'article 675 LEC, però no al 661 LEC⁷⁹. No obstant això, DIAZ FRAILE entén que són

⁷⁸ CORDERO LOBATO, *Tratado de Derecho de los Derechos de Garantías*, tom I –mab CARRASCO PERERA i MARÍN LÓPEZ-, edit. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, p. 1141.

⁷⁹ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, op. cit., p. 9 de la versió digital.

aplicables els articles 2056 i següent de la LEC de 1881, remetent a l'article 41 de la Llei Hipotecària⁸⁰.

Com es pot observar hi ha una gran confusió sobre el procediment adequat per sol·licitar el lliurament de la possessió davant el jutge de primera instància del lloc on radiquin. En la meua opinió s'ha de partir de la naturalesa jurídica del procediment de venda extrajudicial, que recordo que no té caràcter jurisdiccional. Per això, no es pot acudir als procediments que preveu la LEC per al lliurament de la possessió en el procés d'execució. Així s'ha pronunciat la Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla de 5 de febrer de 1992 (AC 1992 \ 341) que afirma que "El que no es pot compartir, en canvi, és l'extensió analògica i l'aplicació a un procediment d'execució hipotecària de la previsió continguda a l'art. 2056 LECiv que, en atenció a l'essencial manca d'antecedents en l'òrgan judicial sobre el dret invocat per la promotora, introdueix una cautela raonable com és la consistent a assegurar, si més no «prima facie», la titularitat que invoca mitjançant la exigència de la inscripció registral del títol en què fonamenti la seva pretensió i una certificació registral complementària acreditativa de la concurrència al peticionari del caràcter amb que formula seva sol·licitud. Doncs cap relació o semblança guarda aquesta situació amb la d'un adjudicatari «ex» art. 131 LH el Títol del qual (Acte de adjudicació) emana del propi òrgan a qui la possessió es sol·licita ". A sensu contrari s'ha d'interpretar que tampoc es pot aplicar el lliurament de la possessió prevista en el procés d'execució de títols judicials.

L'escriptura pública de remat no té la consideració d'un títol executiu ja que en aquesta no concorren els requisits que exigeix l'article 517 i 520 LEC. Per això les alternatives que tindrà l'adjudicatari serà exercitar l'acció a través d'un procés declaratiu, a través d'un judici de desnonament en precari o del procés especial per a l'efectivitat del dret real inscrit.

- A través d'un procés declaratiu.

⁸⁰ DIAZ FRAILE, op. cit., p. 1374.

Una opció que tindrà l'adquirent és exercitar la pretensió d'adquirir la possessió a través d'un procés declaratiu ordinari. En tot cas aquesta opció és residual ja que hi ha altres mecanismes processals que són més ràpids per aconseguir el lliurament de la possessió.

En tot cas, si aquesta fos l'opció, el deutor hipotecari tindria l'opció de plantejar la nul·litat de la venda extrajudicial a través del plantejament d'una excepció a la contestació a la demanda.

- El judici de desnonament en precari.

A la LEC de 1881 el judici de desnonament en precari tenia la consideració d'un judici sumari en el qual si s'al·legava una qüestió complexa es dictava una sentència desestimatòria, remetre a les parts al judici declaratiu posterior. El legislador de la LEC 2000 era conscient que la part demandada al·legava de forma abusiva l'existència d'una qüestió complexa per obligar el demandant a acudir al judici ordinari posterior. L'exposició de motius afirma en el seu apartat XII in fine que "l'experiència d'ineficàcia, inseguretats jurídiques i vicissituds processals excessives aconsella, en canvi, no configurar com a sumaris els processos en què s'addueixi, com a fonament de la pretensió de desnonament, una situació de precarietat; sembla molt preferible que el procés es desenvolupi amb obertura a plenes al·legacions i prova i finalitzi amb plena efectivitat".

Sobre el caràcter plenari del judici de desnonament en precari també s'ha pronunciat la jurisprudència. Així la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 27 de febrer de 2004 (RJCat Jurisprudència, 2004-3, pàg. 733 i seg.). En el seu fonament de dret II afirmava que "El primer que s'ha de rebutjar és l'excepció processal d'inadequació de procediment. Cert que fins a la promulgació i entrada en vigor de la nova llei processal, el judici de desnonament per precari es configurava com un judici sumari i es declarava que era via insuficient per analitzar qüestions més complexes que la simple comprovació de l'existència d'un títol justificatiu de la possessió, remetent a les parts per a qualsevol altra qüestió al declaratiu corresponent. Aquesta matèria s'ha vist substancialment alterada per la nova llei que en la seva mateixa

exposició de motius assenyala el caràcter plenari del judici verbal i de l'acció de desnonament per precari que a través d'ell es pot exercitar, de manera que hem d'examinar en aquest judici verbal totes les qüestions que poden afectar la possessió del demandat, a fi de valorar si hi ha o no situació de precari".

Davant la consideració del judici desnonament en precari com un judici plenari el demandat té diverses opcions:

- Al·legar les causes d'oposició a la venda extrajudicial en aquest moment processal.
- Si s'ha iniciat un procés declaratiu anterior, sol·licitar la suspensió del judici de desnonament en precari per l'existència de prejudicialitat civil.

El demandat podrà al·legar les causes d'oposició a la venda extrajudicial quan aquestes siguin excepcions que es puguin oposar al demandant. Si la causa d'oposició és la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat i l'adjudicatari és un tercer, el demandat no es pot oposar en el judici de desnonament en precari perquè l'adjudicatari no queda afectat per aquesta excepció de caràcter personal⁸¹. No obstant això, si es tracta d'un defecte en l'aplicació de les formalitats de la regulació de la venda extrajudicial si que es pot oposar ja que té caràcter objectiu i no personal.

Si s'ha iniciat un procés declaratiu abans que s'insti el judici de desnonament en precari el demandat pot sol·licitar la seva suspensió al·legant la concurrència d'una qüestió prejudicial civil. L'article 43 LEC preveu que "el Tribunal, a petició d'ambdues parts o d'una d'elles, oïda la contrària, pot decretar mitjançant interlocutòria la suspensió del curs de les actuacions en l'estat en què es trobin, fins que finalitzi el procés que tingui per objecte la qüestió prejudicial".

⁸¹ Excepte en el cas que s'hagués adoptat la mesura cautelar d'anotació preventiva de la demanda abans de l'adjudicació o si s'hagués notificat a l'adjudicatari l'existència del procés judicial.

En el judici declaratiu anterior el demandant també pot demanar que s'adopti la mesura cautelar de la suspensió de l'efectivitat de la venda extrajudicial. En aquest cas el judici de desnonament en precari no podria iniciar-se per l'efecte de la mesura cautelar adoptada.

Una altra possibilitat processal és iniciar un procés declaratiu posterior al judici de desnonament en precari. La viabilitat d'aquesta opció dependrà de si la va poder al·legar en el judici de desnonament en precari. Si s'hagués pogut realitzar, l'article 405.3 LEC preveu que "també ha d'aduir el mandat, en la contestació a la demanda, les excepcions processals i altres al·legacions que posin en relleu tot el que obsti a la prossecució vàlida del procés mitjançant sentència sobre el fons ". Si es tracta d'una excepció que no va poder oposar per ser l'adjudicatari un tercer diferent del creditor sí que podrà iniciar-lo. Però si va poder al·legar-ho no podrà realitzar-ho ja que operarà la cosa jutjada virtual del procés plenari anterior.

- El procediment sumari per l'efectivitat dels drets reals inscrits (art. 250.1.7 LEC).

Si el deutor hipotecari no ha interposat l'oposició en un judici declaratiu i no s'ha anotat preventivament⁸², l'adquirent podrà acudir al procediment sumari per l'efectivitat dels drets reals inscrits (art. 250.1.7 LEC)⁸³. Tal com afirma PRIETO-CASTRO la part de la presumpció de titularitat que crea la inscripció registral, en el qual el titular provoca al pertorbador perquè presenti l'oposició. Per aquest motiu l'article 441.3 LEC preveu que quan s'admeti a tràmit la demanda, el tribunal ha d'adoptar "les mesures sol·licitades que, segons les circumstàncies, siguin necessàries per a assegurar en tot cas el compliment de la sentència que es dicti"⁸⁴.

⁸² L'article 439.2 LEC preveu la inadmissió de la demanda quan no s'acompanyi a la demanda una certificació literal del Registre de la Propietat que acrediti expressament la vigència, sense cap contradicció, de l'assentament que legitima el demandant. Per això si en el registre s'ha anotat preventivament la demanda en què es sol·licita la nul·litat de la venda extrajudicial, no es podrà acudir a aquest procediment ja que la titularitat està sent discutida.

⁸³ Sobre la seva naturalesa jurídicament, veure per tots GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, edit. Colex, Madrid, 2007, pp. 146 y ss.

⁸⁴ Veure ampliament CAMARA RUIZ, en "las medidas cautelares en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria", a Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 1999, número 3, pp. 125 i ss.

El problema que es planteja és quan aquesta presumpció no és fundada o es pot posar en dubte⁸⁵. En aquest cas el demandat es pot oposar, però ha de prestar caució per respondre dels danys i perjudicis que ocasioni i que haurà quantificat el demandant en la demanda (l'article 439.2.2 LEC preveu que s'inadmet la demanda en la qual no es fa constar). L'article 440.2 LEC limita els motius d'oposició que pot al·legar el demandat en aquest procediment i cap d'ells és la nul·litat de l'adjudicació del bé al demandant. Per oposar-se ha d'iniciar un judici ordinari amb aquest objecte.

D'aquesta manera ens trobarem davant de dos processos judicials que estan vinculats ja que el resultat del judici ordinari en què s'al·legui la nul·litat de la venda extrajudicial determinarà la improcedència del judici sumari d'efectivitat dels drets reals inscrits. La llei no preveu l'acumulació de processos ni la suspensió automàtica del procés en què s'hagi presentat la certificació registral com fa l'article 4 de la Llei de Registre Civil⁸⁶. Les opcions que planteja l'article 4 de la Llei del Registre Civil són en primer lloc l'acumulació de les accions.

En el supòsit que analitzem no és possible acumular les accions perquè el procediment per a l'efectivitat dels drets reals inscrits és un procediment declaratiu sumari que es tramita pels tràmits del judici verbal (art. 250.1.7 LEC) i el judici va declaratiu de nul·litat de la venda extrajudicial seria un procediment plenari que es tramitaria per raó de la quantia, que previsiblement serà sempre superior als 6.000 € pel que hauria de seguir els tràmits del judici ordinari (art. 249.2 LEC). Aquesta circumstància impediria l'acumulació de processos.

La segona opció de l'article 4 de la Llei del Registre Civil és la suspensió del procés en el què s'hagi aportat el certificat per prejudicialitat civil (art. 41

⁸⁵ PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 176.

⁸⁶ Veure sobre la previsió de l'art 4 de la Llei del Registre Civil l'anàlisi que efectua REYNAL QUEROL, a *La prejudicialidad en el proceso civil*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 307 i ss.

LEC)⁸⁷. En aquest cas el demandat haurà d'al·legar la litispendència del procés de nul·litat de la venda extrajudicial. Aquesta petició s'ha de traslladar a la resta de parts. Si mostren la seva conformitat s'ha de suspendre el procés fins a la resolució de la qüestió prejudicial. En cas contrari el tribunal pot disposar la suspensió del curs de les actuacions. La problemàtica per acordar-la prové del caràcter sumari del procediment ja que el que ha pretès el legislador és que no es suscitin qüestions complexes. Per això en tot cas el Tribunal no es pronunciarà sobre la validesa del dret material inscrit⁸⁸, de manera que no pot pronunciar-se sobre aquesta qüestió ni tan sols a efectes prejudicials.

La qüestió que es planteja és si cal que el demandat presti la caució exigida al'article 444.2 LEC per oposar-se a la demanda⁸⁹. En la meua opinió és preceptiu perquè el precepte esmentat té caràcter imperatiu. A més hi ha un altre motiu i és que la suspensió de l'efectivitat del dret real inscrit la pot aconseguir el demandat a través d'un judici declaratiu ordinari en el que s'ha adoptat una mesura cautelar d'anotació preventiva de demanda. I per l'efectivitat d'aquesta mesura serà preceptiu que el demandat ofereixi caució en el seu escrit de sol·licitud (art. 728.3 LEC) i la constitueixi per l'efectivitat de la mesura cautelar en el cas que sigui adoptada (art. 738 LEC).

- A través d'un procediment de possessió judicial.

Segons DÍAZ-FRAILE⁹⁰, una altra opció que té l'adquirent és sol·licitar el lliurament de la possessió de conformitat amb el que preveuen els articles 2056 i següents de la LEC de 1881.

Tradicionalment s'ha plantejat la problemàtica de la convivència d'aquest expedient amb el procediment per a l'efectivitat dels títols inscrits preveu l'article 250.1.6 LEC. Així HERCE QUEMADA afirmava que no s'oposaria al fet que la possessió judicial arribi on l'acció real de l'article 41 de la Llei Hipotecària

⁸⁷ REYNAL QUEROL, loc. cit

⁸⁸ GIMENO SENDRA, en *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 149.

⁸⁹ Sobre esta qüestió veure l'anàlisi que realitza GIMENO SENDRA, en *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 153 i 154.

⁹⁰ DIAZ-FRAILE, loc. Cit.

no arriba, concretament al requeriment als inquilins, colons, etc (posseïdors de fet), perquè reconeixin al que l'obtingui com posseïdor⁹¹.

La finalitat d'aquest expedient, tal com afirma la interlocutòria de la secció 1a de l'Audiència Provincial de Terol número 109/2006, de 13 de juny (JUR 2007 \ 3566), és "que els posseïdors immediats (llogaters, colons o arrendataris) reconeixin com a amo al posseïdor mediat promotor de l'expedient. En aquestes circumstàncies, no té cap sentit la personació de cap posseïdor en l'expedient, ni la conversió d'aquest en contenciós, ni molt menys el reintegrament a la recurrent d'una possessió que jurídicament no ha perdut, el que condueix necessàriament a desestimar el recurs i confirmar íntegrament la resolució recorreguda".

Des d'un punt de vista pràctic s'ha afirmat que és un procediment que està en desús ja que el titular del dret inscrit té altres opcions processals per aconseguir el lliurament de la possessió del bé immoble⁹². A més hi ha un requisit que el farà inviable quan s'hagi adjudicat el bé immoble en un procés judicial i és que no hi hagi un tercer que estigui posseïnt a títol de propietari o d'usufructuari⁹³. En aquest cas el deutor hipotecari, com a posseïdor immediat, pot oposar-se al·legant la nul·litat de la venda extrajudicial i, consegüentment, la seva qualitat de propietari. La conseqüència, tal com afirma la interlocutòria de la secció 1 de l'Audiència Provincial de Toledo número 60/2000, de 27 d'octubre (JUR 2000 \ 269997). Serà que l'expedient es convertirà en contenciós (art. 1817 LEC), " sense alterar de cap manera la situació possessòria que tenia la finca al temps de ser incoat, és a dir, sense lliurament de la possessió reclamada, sense perjudici naturalment que aquesta possessió es reclami per la via apropiada per a això". L'oposició serà factible perquè es citarà el deutor hipotecari com posseïdor immediat, i davant l'al·legació de

⁹¹ HERCE QUEMADA, en *Derecho Procesal Civil*, vol II (amb GOMEZ ORBANEJA), Madrid, 1975, pp. 396 i 397.

⁹² GONZALEZ POVEDA, en *La jurisdicción voluntaria*, edit., Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 461.

⁹³ Segons GONZALEZ POVEDA aquest requisit s'infereix de l'article 2059 i de la jurisprudència que s'ha pronunciat sobre l'oposició a aquest expedient de jurisdicció voluntària (a *La jurisdicción voluntaria*, cit., p. 462).

posseïdor mediat en afirmar la nul·litat de la venda extrajudicial, es convertirà en contenciós l'expedient.

Com a conclusió entenc que no és el mecanisme més adequat per aconseguir el lliurament de la possessió del bé adquirit a través d'una venda extrajudicial, llevat que s'interposi contra un posseïdor immediat.

2.2. Sobreendeutament i concurs de persona física

2.2.1. Context regulatori del concurs de persona física.

A) Algunes notes sobre la regulació de la Llei Concursal (en endavant LC) i les llacunes existents

La LC té una regulació troncal que sembla destinada a l'empresari o professional individual. Aquesta regulació troncal es complementa, essencialment, amb una sèrie d'especialitats sobre les persones jurídiques (per exemple, art. 6.2. quant a la sol·licitud de concurs; art. 48 quant a efectes sobre la persona jurídica – manteniment dels òrgans d'administració, accions de responsabilitat social, embargament de béns dels administradors).

No hi ha referències específiques al consumidor en la LC, excepte la que es feia en la Disposició Final Trentena Primera, en què es feia remissió a la LCU, ara TRLCU, en punt a l'exclusió dels arbitratges de consum [art. 58.2: “Quedaran sense efecte els convenis arbitrals i les ofertes públiques d'adhesió a l'arbitratge de consum formalitzats per els qui siguin declarats en concurs de creditors. A tal fi, l'acte de declaració de concurs serà notificat a l'òrgan a través del com s'hagués formalitzat el conveni i a la Junta Arbitral Nacional, quedant des d'aquest moment el deutor concursat exclòs amb caràcter general del Sistema Arbitral de Consum”).

Sí existeixen treballs prelegislatius comunitaris i alguna norma comunitària de caràcter preventiu (com la Directiva 2008/48 relativa als contractes de crèdits al consum). També hi ha normes específiques en altres Estats de la Unió (França

dedica el Llibre III del seu Codi de Consum a l'endeutament del consumidor; el Títol III estableix un procediment especial davant les denominades comissions de sobreendeutament dels particulars).

L'any 2003 es va presentar al Congrés una proposició de Llei del Grup Socialista (llavors en l'oposició), que no va prosperar. Aquesta proposició preveia un sistema de prevenció del sobreendeutament (publicitat dels contractes de crèdit, prohibició de perfeccionament d'aquests contractes fora d'establiments comercials, informació, bases de dades, dret de retractació del consumidor, etc). També establí un sistema de protecció extrajudicial i judicial dels consumidors en determinat cas de sobreendeutament – bàsicament hipòtesis de sobreendeutament de bona fe, descartant els deutes fiscals –. S'articulaven dues mesures per al tractament d'aquestes situacions: 1) la creació d'entitats especialitzades per gestionar-les (unitats d'informació de sobreendeutament i centres d'arbitratge de sobreendeutament); i 2) l'establiment de dos procediments de pagament dels deutes: el procediment extrajudicial, voluntari i gratuït, per obtenir un compromís de pagament entre el deutor i els seus creditors; i el procediment judicial, aplicable quan fracassés l'extrajudicial, que era el propi concurs de creditors amb dues especialitats: el deutor podia proposar als creditors un pla de solució amistosa, sota control judicial, i si això no s'aconseguia, el propi jutge podrien imposar una solució sobre la base del pla de sanejament econòmic elaborat per la Junta Arbitral en el marc del procediment extrajudicial o bé imposar una proposta pròpia de pagaments (amb mesures com a fraccionament de pagaments, reducció de tipus d'interès, paralització de l'execució de les garanties reals, remissió o condonació total o parcial de deutes, etc).

La proposta no va prosperar i, en definitiva, no existeix a Espanya cap normativa de consum sobre l'endeutament de particulars, la qual cosa obliga a acudir al procediment únic que ofereix la LC, en la qual tampoc hi ha cap referència específica als consumidors, amb excepció de l'antiga remissió aïllada a la legislació sobre consumidors i usuaris (LCU). Per tant, cal treballar amb els vîmets que ofereix la LC, que de vegades són clarament inadequats o insuficients. Es tracta, en conjunt, d'un cas de desídia legislativa contrària a la

Constitució, l'art. de la qual 51.1 estableix un mandat de protecció dels consumidors i usuaris.

En la LC sí que existeixen algunes previsions especials sobre el concurs de persona casada, no sempre molt ben coordinades amb el Dret de família, com veurem a continuació. En aquest àmbit concret pot destacar-se d'entrada l'existència d'algunes llacunes o situacions no regulades suficientment:

1.- El matrimoni com tal no té personalitat jurídica, per la qual cosa no és possible declarar el concurs d'un matrimoni. El que en la pràctica sol fer-se, per economia processal, és tramitar coordinadament (com a concursos acumulats i fins i tot sota les mateix actuacions i amb la mateixa administració concursal) els procediments dels dos membres del matrimoni. Això no vol decidir que tècnicament existeixi un sol concurs, doncs han de conformar-se les masses activa i passiva per separat i jutjar-se de forma individualitzada els comportaments dels cònjuges.

2.- En les poques referències que hi ha al concurs conjunt d'un matrimoni o al cònjuge no concursat no es té en compte sempre que en altres àmbits s'ha estès la mateixa tutela a relacions d'afectivitat equivalent. És convenient *de lege ferenda* estendre de forma generalitzada a les parelles no casades el règim concursal del matrimoni, per analitzar les operacions econòmiques realitzades en el si de la parella i les presumpcions respecte del patrimoni de la parella. *De lege lata* ara com ara això no és possible.

3.- No hi ha cap referència al divers dret supletori que en matèria matrimonial s'aplica en les diferents Comunitats Autònomes quan les parelles no opten expressament per un règim matrimonial concret; tampoc es contempen les situacions en què s'ha optat per capitulacions o pactes esponsalícis per disciplinar una part dels patrimonis i relacions patrimonials. Aquests contractes o capitulacions no encaixen bé amb els efectes del concurs sobre els contractes preexistents (art. 61 i 61 LC).

4.- Tampoc hi ha cap normativa per abordar el tractament de les crisis

matrimonials durant el concurs. No és infreqüent que en ocasió del concurs d'un cònjuge s'iniciï la separació o divorci del matrimoni. En aquests casos, no és clar quin paper juga l'administració concursal en els processos matrimonials i com es coordina el concurs amb les mesures patrimonials habituals en aquests procediments.

5.- L'art. 47 LC en relació amb les obligacions d'aliments s'ha demostrat insuficient per tractar diversos problemes que sorgeixen en el context matrimonial. Incidiré sobre això d'aquí a uns minuts.

En general, pot dir-se que hi ha problemes de coordinació entre la normes de la LC i les normes generals de la LEC i especialment les del Dret de família.

B) Eficàcia: per a què serveix presentar concurs de creditors de la persona física? En què canvia respecte a l'alternativa de no presentar-lo?

Des del punt de vista de la finalitat general del concurs de creditors, pot detectar-se un cert desajustament quan la insolvència afecta a una persona física. L'objectiu principal dels concursos és la satisfacció dels creditors el més eficient i equitativament possible. Ara bé, també es descriu en l'Exposició de Motius la finalitat conservativa: el concurs ha de ser un instrument per salvar les empreses que es considerin total o parcialment viables, en benefici no només dels creditors sinó també del propi concursat, dels treballadors i d'altres interessos. Aquesta segona funció no s'adapta bé al consumidor, que no ha de ser salvat de res. I, en fi, sembla que hi ha un tercer objectiu del concurs: la sanció o repressió dels comportaments deshonestos, una cosa que és molt discutida en el context de les persones físiques i que no s'aplica amb naturalitat a aquestes últimes (les previsions de la secció de qualificació estan pensades essencialment en clau de persones jurídiques o com menys d'empresaris). Per tant, ja d'entrada, hi ha un cert desajustament amb les finalitats perseguides pel legislador concursal.

Des d'un punt de vista pràctic, l'interès que pot tenir la sol·licitud del concurs de persona física depèn de diversos factors: a) els nivells retributius de la persona física (quan són alts és possible aconseguir aliments dins del concurs per sobre del nivell d'inembargabilitat del salari de la LEC; b) les possibilitats d'obtenir una paralització de l'execució de l'habitatge si aquesta és també el lloc de treball de l'empresari o professional persona física; c) la importància pràctica per al client d'una eventual inhabilitació en la fase de la qualificació; d) la possibilitat de forçar un conveni amb els creditors a través del concurs, la qual cosa permet condonacions i esperes; e) l'existència o no d'accions i embargaments generalitzats enfront del patrimoni del deutor, que facin aconsellable la tramitació d'un procediment universal; f) en línia amb l'anterior, l'amenaça real de sol·licitud d'un concurs necessari per part d'un creditor; g) com a factor molt important, l'entitat mínima dels actius i passius, que doni sentit a la tramitació d'un concurs i permeti atendre els seus costos.

C) Costos

El procediment concursal espanyol és llarg i costós. Tant és així que, de vegades, la seva durada i cost econòmic el fan inviable o molt poc interessant. La durada deriva de la judicialització del procediment i del gran nombre de resolucions que ha de dictar el jutge. El cost econòmic és resultat fonamentalment de la intervenció de professionals (lletrats, procuradors, administradors concursals) i dels costos de publicitat (aquest últims reduïts però des del Reial-Decret 3/2009). En el cas de l'administració concursal, cal reconèixer que la reforma de la LC operada en virtut de la Llei 38/2011, ha reduït el nombre de membres de l'administració concursal de tres a un de sol, excepte en els casos excepcionals de concursos d'especial transcendència (*vid.* arts. 27 i 27 bis LC), que molt difícilment podran ser els de persones físiques.

Aquestes reflexions sobre l'excés de costos són especialment indicades quan es tracta d'un concurs de persona física, que en general no té una gran entitat econòmica (els actius i passius són discrets). En molts suposats senzillament

no hi ha actius liquidables que permetin sufragar el concurs. Des de fa algun temps s'ha posat de moda l'anomenat "Informe Exprés" que sol·liciten els jutges del mercantil als administradors concursals perquè aquests determinin d'entrada si hi ha diners per sufragar els costos del concurs, i en particular, els crèdits contra la massa (art. 176 bis). En moltes ocasions els concursos s'arxiven al principi una vegada constatada l'escassetat de liquiditat (en el cas de les persones jurídiques és una solució ideal perquè s'eviten la tramitació del concurs i desapareixen del tràfic jurídic, en quedar cancel·lades del Registre Mercantil, d'acord amb l'art. 178.3 LC; no obstant això, en el cas de les persones físiques, no té avantatges per a elles puix que segueixen en actiu i es reprenen els procediments individuals). Cal afegir que s'ha introduït, fins i tot, la possibilitat que l'aute de declaració de concurs de creditors acordi la conclusió del procediment per inexistència de béns i drets suficients per a atendre els crèdits extraconcursals o contra la massa.

Per altra banda, cal assenyalar que el legislador sí preveu dues fórmules per tractar de reduir els costos temporals i econòmics del concurs. D'un costat, el conveni anticipat, que permet arribar a una solució de la insolvència mentre es tramita simultàniament la fase comuna, la qual cosa també elimina costos econòmics. D'un altre, el procediment abreujat, previst ara per als concursos que el seu passiu no superi els 5 milions d'euros, en el qual els terminis es redueixen d'acord amb allò previst en els arts. 190 i següents de la LC.

Algun autor proposa que en els supòsits de concursos de consumidors, l'administració concursal s'encomani a funcionaris o membres de les juntes arbitral de consum, de forma similar al que la LC preveu per a alguns concursos específics (art. 27: entitats emissores de valors, entitats de crèdit o d'assegurances o quan el creditor designat és una administració pública). Especial transcendència tenen les propostes elevades molt recentment a les Corts Generals pel Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya, a instàncies d'una comissió tècnica formada en el sí de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, en les quals es preveu la formació de comissions mixtes de sobreendeutament per a desjudicialitzar el tractament institucional de les insolvència de la persona física. Aquestes propostes són ara en mans del

Congrés dels Diputats i del Senat, que les haurà de valorar - entre d'altres ocasions – en el context de la tramitació del Projecte de Llei de mesures urgents per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, procedent del Reial Decret 27/2012, de 15 de novembre, normativa que ha transcendit molt a l'opinió pública per tal com adreça – amb algunes mancances clares – el greu problema de la regulació de les execucions hipotecàries.

2.2.2. Algunes qüestions d'especial interès en la regulació del concurs de persona física

A) La falta d'un procediment preventiu extrajudicial:

En el nostre sistema concursal no es regula pròpiament un procediment preventiu extrajudicial. Abans d'anar als jutjats, quasi sempre s'intenta arribar a un acord amb els creditors i documentar-ho, evitant o corregint la situació d'insolvència. De fet, una part dels esforços que fan els advocats concursalistes va orientada a aconseguir aquest tipus d'acords i evitar el concurs. No obstant, tot això es fa a risc que un creditor present el concurs necessari. En ocasió del Reial Decret-Llei de 2009, es va habilitar un període de negociacions de 3 mesos previ a l'inici del còmput de dos mesos que té el deutor per presentar concurs (art. 5, avui art. 5 bis, després de la reforma operada per la Llei 38/2011). No es va introduir pensant en els concursos de persona física però no hi ha inconvenient a aprofitar aquesta oportunitat, que estava destinada a ampliar els marges de negociació necessaris per arribar als acords de refinançament empresarial de la Disp. Addicional 4^a (són acords que impedeixen l'acció de reintegració però a canvi requereixen un pla de viabilitat, un informe favorable d'auditor del Registre Mercantil i una majoria de 3/5 del passiu). El problema és que ara les entitats de crèdits volen que els acords revesteixin les garanties reconegudes en la Disposició Addicional 4^a, per la qual cosa han de complir els requisits legals, algun dels quals no té sentit en la majoria de concursos de persona física (especialment el pla de viabilitat informat per expert independent). En suma, l'ampliació d'un termini previ de 3 mesos ha estat positiva però quan el deutor requereix refinançament, les entitats de crèdit li van a demanar el compliment de requisits que no pot complir

si és una persona física. La mesura, per tant, no resulta gaire útil per a les situacions d'insolvència de la persona física.

B) La sol·licitud de concurs:

Se simplifica notablement la sol·licitud del concurs d'una persona física, en comparació amb el d'una persona jurídica, perquè algunes de les exigències documentals de l'art. 6 LC (fonamentalment les referents a qüestions comptables i financeres) no tenen sentit, especialment quan parlem d'un consumidor.

En el cas de matrimoni que els seus dos membres sol·liciten la declaració de concurs, és convenient que es tramiti de forma acumulada (fins i tot sota unes mateixes actuacions i amb la mateixa administració concursal), perquè s'eviten així problemes de competències, problemes de dualitat d'òrgans del concurs i es faciliten les publicacions del concurs, la insinuació de crèdits i l'emissió de l'informe de manera coordinada. No obstant això, l'acumulació de concurs no significa confusió de patrimonis: les masses activa i passiva es confeccionen per separat i la destinació o solució dels concursos no ha de coincidir necessàriament (encara que solen anar lligats). L'art. 25 permet a tot creditor instar la declaració de concurs necessari acumulat o conjunt de diversos deutors sempre que existeixi confusió de patrimonis entre ells, és a dir, quan no se sàpiga exactament a quin dels deutors insolvents pertanyen els béns que han de respondre dels deutes. Això serà habitual en situacions de matrimoni, sobretot si el règim és de guanys i, per tant, cabrà la declaració conjunta. Fins fa poc sorgia l'interrogant sobre si podien els deutors casats sol·licitar la seva declaració conjunta com a concurs voluntari. Aquest supòsit no estava previst en la LC, però fou incorporat al nou art. 25 en la darrera reforma (operada per la referida Llei 38/2011). L'art. 25 bis permet, per altra banda, acumular després d'haver-se declarat per separat els concursos, a instàncies de l'administració concursal o dels mateixos concursats.

C) Els efectes del concurs:

La declaració de concurs comporta diversos efectes automàtics sobre el deutor, sobre els creditors, sobre els contractes i sobre els actes perjudicials per a la massa activa previstos en els quatre capítols del Títol III (arts. 40 a 73). Alguns d'ells mereixen especial consideració en el cas de concurs de persona física:

1) Principals efectes sobre el deutor:

- Intervenció o suspensió de les facultats de disposició i administració patrimonial (art. 40):

Sobre aquest punt cal fer un aclariment inicial, vàlid per a tot tipus de concurs: aquesta intervenció o suspensió, no afecta a determinats àmbits de l'esfera personal, com la designació o canvi d'advocat, o l'atorgament de testament. En cas d'intervenció, per raons funcionals és important autoritzar al deutor, conforme a l'art. 44.2, perquè pugui efectuar lliurement actes de gestió quotidiana. En realitat, el precepte parla que "en cas d'intervenció, l'administració concursal podrà determinar els actes o operacions propis del gir o tràfic d'aquella activitat que, per raó de la seva naturalesa o quantia, queden autoritzats amb caràcter general". Quan es tracta del concurs del consumidor cal fer una interpretació àmplia i entendre que se li autoritzaran petites despeses quotidianes, que s'inclouen en un criteri ampli d'aliments, que inclouen no només la manutenció sinó també el transport i desplaçament del concursat, oci, petites liberalitats amb familiars.... Certament, des d'un punt de vista pràctic, pot resultar quasi insuportable un concurs de persona física en què diàriament l'administrador concursal hagi d'autoritzar petites despeses ordinàries. Si no autoritza amb caràcter general unes despeses mínimes la dependència es fa clarament excessiva (caldrà autorització per a les coses més quotidianes més nímies: comprar aigua, pujar a l'autobús, etc...).

- La continuïtat de l'exercici de l'activitat empresarial o professional (art. 44) i

l'obligació de seguir auditant i formulant comptes anuals (art. 46) no té cap sentit quan es tracta del concurs d'un consumidor.

- Aliments (art. 47): aquest és un tema central en el concurs de persona física. Es preveu que el deutor tindrà aliments amb càrrec a la massa activa fins que s'obri la liquidació. Això ha de considerar-se un incentiu per arribar a la solució convencional del concurs, encara que l'obertura de la liquidació no impedirà protegir en benefici del deutor la part inembargable del seu salari i aquells altres béns inembargables (aixovar, elements necessaris per desenvolupar la seva professió) segons la LEC. En cas d'intervenció, l'administració concursal decideix la seva quantia i periodicitat. En cas de suspensió és el jutge, amb audiència al deutor i a l'administració concursal. Normalment, es fixen aliments equivalents als mínims inembargables del salari (recordi's que, en teoria, si es percep un salari la part inembargable del mateix no entra en la massa activa, ex art.76.2 en relació amb 607 LEC, per la qual cosa els aliments són una quantitat addicional). No obstant això, en ocasions la condició socio-econòmica del deutor fa que estigui justificada una suma superior (hi ha hagut diversos casos recents a Barcelona en què, en consideració a dita situació socio-econòmica prèvia d'un administrador social, s'han autoritzat aliments per import mensual superior a 3.000 euros).

Quan es tracta de matrimoni, poden fixar-se aliments per sota del salari mínim interprofessional individual si es té en compte que les dues persones formen una unitat econòmica i que el concurs pot gestionar les despeses d'habitatge (lloguer o hipoteca) o els subministraments bàsics (aigua, llum, gas).

Pràcticament, no hi ha referència en la LC al règim d'aliments en supòsit de parelles no casades, la qual cosa contrasta amb les legislacions autonòmiques (com la de Catalunya i la de Balears), en les quals sí es preveuen. Algun jutge advoca per tractar a estar parelles com si fossin casades, amb la conseqüència que els aliments podran reduir-se en consideració al seu caràcter d'unitat econòmica. Adverteixi's, en aquest sentit, que l'art. 93 LC subordina els crèdits no només dels cònjuges sinó també de les persones en anàloga relació afectiva.

El dret d'aliments contra la massa s'estén a les persones en relació amb les quals el concursat tingui el deure legal de prestar-los (cònjuge, fills i descendents, pares i ascendents i fins i tot de manera excepcional germans, segons l'art. 143 CC), però només si no poguessin percebre'ls d'altres persones legalment obligades a prestar-los. Això pot exigir activitats d'esbrinament i de seguiment per part de l'administració concursal.

Què succeix si la massa no té liquiditat per pagar els aliments? Fins a la reforma operada per la Llei 38/2011, l'art. 154 LC establia que les execucions de béns per atendre crèdits contra la massa han d'esperar al fet que s'aprovi un conveni, s'obri la liquidació o hagi transcorregut més d'1 any des de la declaració de concurs. Ara això ha passat a regular-se en l'art. 84.4 LC. A més, s'aplica el règim general de suspensió d'execucions singulars de l'art. 55 LC. No obstant això, observi's que els jutjats de família podien i poden tramitar execucions per al pagament d'aliments acordats en procediment sobre capacitat, filiació, matrimoni o menors, matèries sobre les quals no té competència el jutjat del mercantil (art. 8.1 LC). Existeix aquí un evident conflicte de competència, de resolució incerta.

Finalment, recordar que els aliments deguts anteriors a la declaració de concurs són crèdits concursals. De fet, com es tracta de creditors especialment relacionats amb el deutor es dona la paradoxa que haurien de ser tractats com a crèdits subordinats, sense que importi l'existència d'un previ procediment de separació o divorci.

En conclusió, el règim de l'art. 47 – fins i tot després de les darreres modificacions – és insuficient. La situació encara es complica més si tots dos cònjuges estan en concurs i mantenen deutes creuats derivades de mesures cautelars en processos matrimonials.

- Possibilitat de sol·licitar la dissolució de la societat a guany: D'acord amb l'art. 77.2 LC, el cònjuge no concursat podrà demanar la dissolució de la

societat a guanys o de qualsevol altre règim matrimonial de comunitat de béns (capitulacions, etc.). El natural i indicat és que ho faci durant la fase comuna, perquè una vegada existeixen textos definitius, la massa activa ja no pot canviar-se i en aquesta s'hauran inclòs els béns de guanys que hagin de respondre de la deutes del concursat. La situació és estranya perquè no sembla gens just que els béns comuns hagin de respondre *in integrum* dels deutes del concursat, però la regla de preclusió processal sembla clara. Ha de ser el cònjuge qui ho sol·liciti; no pot acordar-se d'ofici. No obstant això, tot això casa molt mal amb el règim de la liquidació del règim econòmic matrimonial del Llibre IV de la LEC (arts. 806 i següents), d'acord amb el qual la dissolució i liquidació del règim econòmic pot sol·licitar-se en qualsevol moment, generalment com a apèndix d'un procediment de nul·litat, separació o divorci.

D'altra banda, ha de tenir-se en compte que un dels possibles continguts de l'acte declarant concurs (art. 21.7) és l'obertura de peça separada per a la dissolució de la societat a guanys. Això porta a concloure que també pot sol·licitar aquest dissolució el propi deutor.

En tot cas, la dissolució es tramitarà davant el Jutge del concurs com a incident – en principi, en la fase comuna –, doncs la seva competència és regla especial enfront de la competència del jutge de primera instància al fet que es refereix l'art. 807 (el de la nul·litat, separació o divorci).

Finalment, ha de destacar-se que les operacions de liquidació no podran iniciar-se en relació amb els béns del patrimoni a guanys fins que aquest no s'hagi distribuït entre els cònjuges.

2) Principals efectes sobre els creditors:

- L'habitatge habitual i la paralització de les execucions: la LC preveu la prohibició d'inici d'execucions singulars i la paralització de les ja iniciades en l'art. 55, amb algunes excepcions. Aquest règim s'estén en l'art. 56 a l'execució de garanties reals, que únicament es permet si es refereixen a béns no afectes

a l'activitat empresarial o professional del deutor. El problema és que en la majoria de supòsits de concurs de persona física, l'habitatge no està afectat a la seva activitat professional o empresarial i per això l'entitat de crèdit (creditor hipotecari) pot iniciar l'execució separada.

En cada cas concret és fonamental estudiar si l'habitatge del deutor pot considerar-se afecte a les seves activitats professionals o si és possible donar-li d'alta en el 036 sota l'algun epígraf que faci creïble que el seu habitatge és necessari per treballar, encara que generalment això és difícil o, per les circumstàncies concurrents, es consideraria una maniobra fraudulenta.

D'altra banda, en aquest àmbit cal recordar la regla de l'art. 78.3 LC: els béns adquirits per tots dos cònjuges amb pacte de supervivència es consideren divisibles en el concurs de qualsevol d'ells, integrant-se en la massa per la meitat. El cònjuge no concursat pot evitar-ho pagant la meitat del seu valor. Si es tracta de l'habitatge el valor serà el preu d'adquisició actualitzat segons l'IPC. Què passa, però, si hi ha hagut millores en l'habitatge? La Llei no diu gens i això pot actuar en benefici del cònjuge no concursat.

Així mateix, en l'art. 78.4 LC s'estableix que en la liquidació de la societat a guanyos o de béns comuns el cònjuge no concursat té preferència perquè s'inclogui en la seva haver-hi l'habitatge, fins a on aquest aconsegueix o pagant l'excés.

Tota aquesta matèria ha de ser reformada, però, en consideració i correspondència als canvis que escaiguin, en el seu cas, amb caràcter general sobre les execucions hipotecàries i la protecció del deutor persona física front a les mateixes, qüestions de candent actualitat i resultat incert. No tindria cap sentit que s'establissin nous límits a les execucions de la l'habitatge habitual fora del concurs i, en canvi, un cop declarat el concurs, s'esvaïssin aquests limitacions en perjudici del deutor. El concurs de creditors ha d'oferir una solució consegüent i coordinada amb allò que s'estableixi amb caràcter general en les imminents reformes de la regulació sobre l'execució hipotecària.

D) La formació de la massa activa

En la massa activa han d'incloure's els béns i drets privatis del deutor persona física. Si està casada en règim de guanys o en un altre règim de comunitat de béns, han d'incloure's els béns de guanys o comuns quan hagin de respondre de deutes privats (conforme a les regles del Dret civil). Com s'ha dit, el normal en aquests casos és que abans de la presentació dels textos definitius de l'Informe de l'art. 75, s'hagi dissolt la societat a guanys o el règim de comunitat de béns, encara que queda oberta el dubte de com fer l'inventari si ni el deutor ni el seu cònjuge han sol·licitat la dissolució del règim.

Un dels mitjans típics per procurar l'optimització de la massa activa són les accions de reintegració (arts. 71 *et seq.*), per les quals el legislador ha establert algunes presumpcions de perjudicialitat per a la massa. Entre elles s'inclou – recordi's – la presumpció *iuris tantum* per als actes dispositius a títol onerós realitzats a favor d'alguna de les persones especialment relacionades amb el deutor, la qual cosa pot ser habitual en l'àmbit familiar, i no donarà lloc a la subordinació de la prestació del familiar, tret que es provi mala fe.

Les accions de reintegració es complementen amb la regla sobre presumpció de donacions de l'art. 78. Segons aquesta, en els casos de concurs de persona casada en règim de separació de béns es presumeix, excepte prova en contrari, que el concursat va donar al seu cònjuge la contraprestació satisfeta per aquest per a l'adquisició de béns a títol onerós quan aquesta contraprestació procedeixi del patrimoni del concursat. Si no es pot provar la procedència de la contraprestació, es conclou que la meitat correspon a una donació.

Perquè assorteixi efectes la presumpció, ha de plantejar-se com a incident concursal a instàncies de l'administració concursal abans d'incloure-ho en l'inventari. L'efecte pràctic no és la devolució de la contraprestació al concursat, sinó la consideració del ben adquirit com ben pertanyent al deutor.

Aquesta presumpció no s'aplica en casos de separació de fet o de dret, la qual cosa permetrà actuacions fraudulentas, perquè com no hi ha període de "sospita" es pot simular una separació de fet just abans de sol·licitar el concurs.

Pel que fa als comptes indistints, els saldos creditors que el deutor figuri com a cotitular es considerarà que formen part del seu patrimoni i s'integren en la massa activa, tret que es prova el contrari.

Per altra banda, cal recordar, una vegada més, que els béns inembargables no formen part de la massa activa (art. 76.2 LC), per la qual cosa han de tenir-se en consideració les regles de la LEC sobre inembargabilitat (art. 606 i següents: mobiliari de casa, roba, instruments per a l'exercici de la professió i una part del salari).

L'habitatge s'inclourà si encara no s'ha adjudicat a un tercer o a la pròpia entitat de crèdit com a conseqüència de l'execució separada, que, com hem dit, serà inevitable tret que existeixi un pacte o pot argumentar-se que és necessària per a l'activitat professional o empresarial del deutor, situació inaplicable al consumidor.

També cal reiterar la regla de l'art. 78.4 LC: en la dissolució del règim de guanys l'habitatge que formi part del patrimoni de guanys o comú s'atribueix amb preferència al cònjuge del concursat (fins a on aconseguixi la seva meitat o pagant l'excés).

E) La formació de la massa passiva

Sobre aquesta qüestió poden destacar-se dos extrems que afecten al concurs de creditors de la persona física:

En primer lloc, l'art. 84.2.4ª LC estableix que tindran la consideració de crèdits

contra la massa els drets d'aliments del deutor i de les persones respecte de les quals tingués el deure legal de prestar-los, d'acord amb els límits establerts a la pròpia LC, i també tindran aquest consideració els d'aliments a càrrec del concursat fixats pel Jutjat de primera instància en alguns dels processos especials regulats en el Llibre IV de la LEC, encara que sigui mitjançant una resolució prèvia a la declaració de concurs, sempre en referència a aquelles quotes meritates després de l'inici del procediment d'insolvència (les anteriors són crèdits concursals).

D'altra banda, els crèdits dels familiars del concursat es consideren sempre subordinats (art. 92 i 93). No obstant això, no queda clar si l'ex-cònjuge que es va divorciar dins del període de sospita de 2 anys anterior a la declaració de concurs ha de merèixer aquesta subordinació. Ni tan sols sembla justa aquesta solució quan s'han iniciat els tràmits formals per a una separació abans de la declaració de concurs. Per exemple, no és raonable que els crèdits derivats de mesures cautelars d'un procediment de separació previ al concurs hagin de ser subordinats.

Quan el concursat sigui persona casada en règim de guanys o qualsevol altre de comunitat de béns, l'administració concursal expressarà, respecte de cadascun dels crèdits inclosos a la llista, si només poden fer-se efectius sobre el seu patrimoni privatiu o també sobre el patrimoni comú.

F) El conveni i la liquidació del concurs

Pel que fa al conveni, en la regulació actual no es preveu la superació dels límits del contingut del conveni de persona física (50 % dels crèdits i 5 anys d'espera), a diferència del previst per a les empreses amb especial transcendència per a l'economia (art.100.1-II); quant al conveni anticipat, més enllà de les consideracions *de lege ferenda* sobre la conveniència d'aprofundir en el mateix, cal recordar que la superació de límits prevista en l'art. 104.2 es remet a l'art. 100.5 LC, que s'aplica als supòsits de concurs d'empreses o

professionals, la qual cosa exclou també a les persones físiques, tret que siguin empresaris o professionals.

En fi, cal recordar que no es permet la cessió de béns i drets en pagament o per a pagament ni qualsevol forma de liquidació global (art 100.3 en relació amb l'art. 1175 CC), la qual cosa elimina possibilitats que es revelen convenients en supòsits de concurs de persona física.

Pel que fa a la liquidació, no hi ha regles especials en casos de concursat persona física. Suposa la pèrdua d'aliments (encara que hauria de seguir vigent la inembargabilitat d'una part del sou, conforme a la LEC) i la suspensió de facultats. En molts casos, la liquidació serà inviable perquè el consumidor només té el seu salari i no té sentit mantenir indefinidament el concurs obert en raó d'un percentatge del salari que ha d'anar ingressant-se. Es procedirà al seu arxiu per inexistència de béns i drets, i es reobriran els processos individuals (atenció perquè les anotacions dels embargaments travats abans del concurs no s'hauran aixecat formalment i subsistiran les preferències temporals sobre el patrimoni del deutor per l'ordre de les traves, un cop conclòs el concurs de creditors).

Lògicament, en supòsit de matrimoni, la liquidació quedarà supeditada al fet que s'hagi conclòs el procés de liquidació de la societat a guanys o de la comunitat de béns, que també han de tramitar-se davant el Jutge del concurs. No es pot liquidar en via concursal ense haver inventariat i adjudicat el patrimoni entre els cònjuges.

Des del nostre punt de vista, en general, sembla possible perfilar solucions més ajustades a les situacions de sobreendeutament del consumidor. Algun autor es mostra partidari que en una futura reforma s'introdueixi una tercera via: una espècie de pla de pagaments no pactat amb els creditors sinó imposat pel jutge, en línia amb la proposta del grup socialista de 2003. Les propostes elevades a les Corts Generals pel Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya, a proposta de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, van també en aquesta línia.

G) La qualificació del concurs

La secció de qualificació del concurs serveix per depurar responsabilitats personals i està prevista per als casos en què s'obre la liquidació i per aquells en què s'aprova un conveni amb una quitació superior a un terç del passiu o una espera superior a tres anys (o ambdues, clar).

La regulació de la secció sisena està clarament pensada per a persones jurídiques i no per a persones físiques, la qual cosa en certa manera pot ser un avantatge per al consumidor o el deutor persona casada. En efecte, ocorre que les presumpcions dels arts. 164.2 i 165 LC estan establertes essencialment en relació amb irregularitats en l'activitat empresarial o professional, que molt rarament seran aplicable al deutor persona física, tret que es tracti d'un empresari individual o d'un professional. En la majoria de concursos de persona física, la insolvència té el seu origen en una actuació més o menys desesperada per tractar de salvar una empresa, la qual cosa porta al fet que l'empresari avaluï personalment els deutes de la companyia. En aquests supòsits, el concurs sol qualificar-se com a fortuït (sembla certament injust culpabilitzar a qui s'ha esforçat per salvar un projecte en benefici dels seus creditors). En un altre tipus d'hipòtesi, especialment en cas de sobreendeutament negligent, no cal descartar una qualificació culpable. Reinterpretant el text legal serà necessari llavors que el propi concursat sigui considerat com a persona afectada per la qualificació i, si escau, se li inhabiliti. Si això no se sol·licita expressament per l'administració concursal o pel Ministeri Fiscal, no serà possible acordar tal afectació ni la subsegüent inhabilitació (principi de justícia pregada i de congruència). Ha de destacar-se, en benefici del deutor persona física, que mai serà possible la temuda condemna a pagar el passiu concursal de l'art. 172 bis LC, perquè aquesta conseqüència està prevista únicament en relació amb administradors de dret o de fet de persones jurídiques. Tampoc tenen sentit les conseqüències previstes en l'art. 172.2.3 LC – pèrdua de qualsevol dret com a creditor concursal (el deutor mai ho serà), condemna a retornar béns indegudament obtinguts (és el

seu propi patrimoni el que forma la massa activa) o indemnització de danys i perjudicis causats (aquesta última conseqüència potser pogués interpretar-se que és possible, encara que no coneixem cap cas real i la doctrina tampoc queda clar a què s'estendrien exactament aquestes conseqüències indemnitzatòries).

Hi ha un debat obert molt interessant que considera *de lege ferenda* que la fase de qualificació hauria de servir únicament per determinar si el deutor persona física ha estat un deutor honest. La idea és que si es tracta d'un deutor honest caldria alliberar-li dels seus deutes una vegada esgotada la liquidació del patrimoni en el concurs (el que es denomina “fresh start” o segona oportunitat, procedent del dret anglosaxó). Suposaria llavors una excepció al principi de l'art. 1.911 del Codi Civil (responsabilitat amb béns presents i futurs). Ara com ara, es tracta d'un plantejament teòric a Espanya, encara que resulta molt interessant. Creiem que caldria buscar un punt mitjà: ni tot deutor ha de ser perdonat, ni tot deutor ha de consumir-se en el pagament dels seus deutes. Les circumstàncies en què s'ha produït la insolvència – en certa manera, la condició de deutor honest o no – haurien de ser el punt central per determinar aquesta qüestió.

Finalment, pot destacar-se que la qualificació en cas de concurs de matrimoni o de persona casada pot donar lloc a la determinació d'un dels cònjuges com a còmplice o com a administrador de fet del patrimoni de l'altre i la seva determinació com a persona afectada pel concurs d'aquell. En aquests casos, les conseqüències de l'art. 172.2.3 – pèrdua de drets reconeguts, condemna a restituir béns, indemnització de danys i perjudicis – , cobren sentit. Al nostre judici, no obstant això, en cap cas cabrà la condemna a pagar el fallit concursal establerta en l'art. 172 bis LC, que està reservada a supòsits de persones jurídiques.

H) Conclusió i reobertura del concurs

L'art. 176 preveu de forma en principi exhaustiva – encara que després en la

pràctica han sorgit altres hipòtesis excepcionals de conclusió – les 5 causes de conclusió del concurs: 1º la revocació ferma de l'acte de declaració de concurs (alguna cosa infreqüent a Barcelona, perquè l'AP té criteris molt amplis); 2º l'incompliment del conveni aprovat; 3º la insuficiència de la massa activa per a satisfer els crèdits contra la massa; 4º el pagament o consignació dels crèdits o la satisfacció dels mateixos per qualsevol via; 5º el desistiment o renúncia dels creditors reconeguts.

La causa més habitual de conclusió del concurs és la inexistència de béns i drets del concurs per a fer front del passiu, malgrat que, després de la reforma de la Llei 38/2011, només es contempla expressament en relació amb els crèdits contra la massa – i es desenvolupa en l'art. 176 bis –, situació que suposa una llacuna normativa força greu, atès que molts concursos sí permeten el pagament d'aquest crèdits però han de ser conclosos per impossibilitat de pagament dels crèdits concursals. Això és especialment freqüent en el cas del consumidor que no compta amb un patrimoni important. En el moment en què es detecta aquesta situació, l'administració concursal ha de presentar un informe acreditant la situació i sol·licitant la clausura del procediment, i sempre que no estigui pendent la fase de qualificació i no calgui entaular o acabar accions de reintegració o responsabilitat de terceres persones. Sorgeix aquí el dubte de si s'ha de tancar un concurs quan l'únic actiu que queda és la part del salari embargable que va rebent el concursat. Tenint en compte els costos del propi procediment (especialment els honoraris de l'administració concursal), la continuació no sembla justificada. El més raonable és arxivar el procediment. Si els creditors ho estimen oportú, poden llavors iniciar accions individuals davant els jutjats de primera instància i embargar aquesta part del salari, tornant a l'escenari pre-concursal en el qual el qui és més ràpid té les de guanyar. De totes maneres, és important destacar que l'AP Barcelona ha establert que els embargaments travats abans de la declaració de concurs, no s'alcen en ocasió del concurs, precisament per protegir als creditors més diligents, si finalment s'arxiva el concurs. Amb la qual cosa, generalment hi haurà pocs béns i drets a embargar una vegada declarat el concurs.

D'altra banda, cal destacar que l'art. 179 LC preveu la reobertura del mateix

conkurs si es declara un nou concurs dins d'un termini de 5 anys després de la declaració del primer. Se suposa que es reobriria el mateix expedient i haurien d'actualitzar-se les masses actives i passiva i després existiria de nou una oportunitat de proposar i votar un conveni o alternativament de reiniciar la liquidació. Evidentment, no està regulat de forma detallada (no és clar, per exemple, si hauria de ser la mateixa administració concursal la nomenada en la reobertura). El bon criteri del jutge hauria de servir per anar marcant els tràmits d'actualització de l'antic procediment. Tot això sembla incompatible amb aquella concepció, pròpia del Dret comparat, que entén que hauria de donar-se una segona oportunitat al deutor honest ("fresh start"). Aquesta visió anglosaxona preconitza que, una vegada liquidats tots els actius del concursat, els seus deutes s'eliminen i comença de nou la seva marxa al mercat sense passius (alliberament general de deutes). No hi hauria mai, per tant, una reobertura d'un concurs previ, sinó com a màxim un nou concurs amb nous actius i passius.

2.2.3. Conclusions i algunes propostes

A) En relació amb el concurs del consumidor persona física

La LC no preveu una regulació específica i adequada per a les situacions d'insolvència o sobreendeutament del consumidor persona física. Està pensada en clau d'empresaris o professionals, ja siguin persones jurídiques o persones físiques.

És necessari introduir una regulació específica, que podria inserir-se en la pròpia LC o constituir una norma separada, com es va intentar amb la proposta de Llei del grup socialista de 2003.

En aquest nou procediment haurien de tenir-se en compte diverses qüestions:

1.- És convenient dissenyar un procediment extrajudicial que permeti solucionar amb estalvi de temps i de diners la majoria de situacions d'insolvència de

consumidors, probablement aprofitant el sistema de juntes arbitrals de consum, que podria oferir assistència gratuïta, o conformant una comissió mixta, d'acord amb les propostes elevades al Congrés i Senat per part del Consell d'Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya.

2.- Si no es resolen les dificultats de forma extrajudicial, el procediment ha de ser judicialitzat però amb alguns paràmetres nous:

a) Cal reduir dràsticament els costos econòmics i temporals, aprofundint en el procediment abreujat, premiant especialment la solució a través d'un conveni anticipat; declarant sempre la gratuïtat de la publicitat del concurs i simplificant-la; nomenant un administrador concursal únic que preferentment sigui un funcionari o a un membre de les Juntes Arbitrals de Consum (podria haver-hi també una comissió mixta finançada mitjançant un fons concursal).

b) Cal preveure un tractament especial de l'habitatge habitual, en el qual s'ofereixi una major protecció d'aquesta en atenció a les circumstàncies personals i familiars del concursat, encara que tampoc sembla just establir en tots els casos una paralització automàtica de les execucions hipotecàries (cal buscar un equilibri). Aquestes mesures han d'estar coordinades amb aquelles que eventualment s'acordin en relació amb l'execució hipotecària.

c) En la formació de la massa passiva, cal modificar el tractament dels crèdits de les persones especialment relacionades amb el deutor, perquè en l'àmbit familiar porta a situacions injustes o inadequades.

d) Cal oferir una via alternativa o addicional al conveni i a la liquidació com a formes de solució de la insolvència. Com ha proposat el professor Beltrán, seria convenient alguna cosa així com un pla de pagaments que pogués imposar el Jutjat, sense necessitat de ser aprovat pels creditors, potser a proposta de l'administració concursal o del propi deutor.

i) Finalment cal aprofundir en el debat sobre si es dóna una segona oportunitat al deutor de bona fe en el sentit del "fresh start" anglosaxó, alliberant-li de

forma generalitzada de tots els deutes insatisfets, la qual cosa obligaria a modificar en certa manera el principi general de l'art. 1911 CC i a canviar les regles de la reobertura del concurs.

B) En relació amb el concurs de persona casada

Les normes de la LC no solucionen algunes situacions que es plantegen en el concurs de persona casada o en els concursos acumulats de matrimoni. La solució no pot trobar-se sense més en la LEC ni en el Dret de família perquè estableixen regles diferents de les previstes en la legislació concursal. Hi ha un seriós problema de descoordinació que obliga a millorar la Llei Concursal. Per exemple, s'adverteix en relació amb els aliments; o en els casos en què inicia un procediment de separació o divorci quan un dels cònjuges o tots dos estan en concurs; o en punt a les decisions sobre l'ús de l'habitatge pròpies del Dret de família, ja que no s'estableix la paralització de les execucions iniciades pels creditors hipotecaris. En futures reformes, és imprescindible millorar la coordinació de la Llei Concursal amb la LEC i amb el Dret de família, evitant així contradiccions i atzucacs.