



Préstamo Hipotecario, y Dación en Pago.

AUTOR: Carmen Gisbert Carro

TUTOR: Jose Angel Torres Lana

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. La Dación en Pago y los Préstamos Hipotecarios.....	5
3. El juego del pago y la limitación de la responsabilidad del art.140 de la L.H.....	6
4. Dación en Pago como sustitutivo del pago que implica una novación	8
5. Naturaleza Real de la Dación en Pago.....	9
6. Efectos de la Dación en Pago.....	10
7. La Dación en Pago y el Pacto Comisorio.....	12
8. Propuestas Legislativas, Sobreendeudamiento y Dación en Pago de la finca hipotecada:	
8.1 Proposición de Ley, medidas urgentes en materia de ejecución de 15/6/2011	13
8.2 Proposiciones no de Ley para el favorecimiento de la Dación en Pago.....	15
8.3 Proposición de Ley, medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar del Parlamento de Cataluña 18 de Julio de 2012.....	15
8.4 La Iniciativa Legislativa Popular sobre dación en pago.....	16
9. Respuestas del Ejecutivo.....	17
9.1 El Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de Julio de apoyo a los deudores hipotecarios y el de 9 de marzo, deudores sin recursos.	
9.2 El Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.	
9.3 El Real Decreto-ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios: la paralización de los desahucios	18
10 Repercusión económica de la Dación en Pago.....	18
11 Conclusiones.....	19
12 Bibliografía.....	24

1. Introducción

Teniendo presente las diversas figuras jurídicas:

- Préstamo, como relación obligatoria.
- Dación en pago como medio que sustituye el cumplimiento de una obligación,
- Hipoteca, como derecho real que garantiza el pago.

En las próximas líneas me voy dedicar a analizar de modo detallado “la Dación en Pago”, al ser esta un instrumento que ha aparecido en la escena jurídica, como modo de extinción de las deudas pendientes con las Entidades financieras acreedoras, a fin de paliar los efectos sociales ante el incremento de los procesos de ejecución, por el impago de los préstamos hipotecarios.

Dichas ejecuciones hipotecarias son producto de la crisis inmobiliaria que asola nuestro país, por lo que, la dación en pago merece un análisis jurídico junto con la repercusión económica, y si esta, es una solución idónea ante el creciente numero de impagos de préstamos hipotecarios.

Las Crisis económicas responden al agotamiento de un ciclo económico. El aumento de los tipos de interés, el desempleo y las dificultades de liquidez del sistema financiero han deteriorado el mercado inmobiliario.

Este deterioro lo he podido vivir en primera persona, al estar desempeñando un cargo directivo en una Entidad Financiera, con la que mantengo relación laboral desde hace más de treinta y cinco años, formalizando préstamos hipotecarios dentro de los parámetros marcados, en unas condiciones de mercado, que evolucionaron a una situación de insolvencia dando se un cambio radical del panorama económico desde mediados de 2007, que se materializó de forma virulenta a partir del 2008, provocando un incremento de impagos y en consecuencia el reclamo de la figura de la Dación en Pago, como mal menor.

Esta fue una de las causas que me alentó a iniciar los estudios de Grado de Derecho, a fin de conocer los mecanismos jurídicos de que se dispone, para paliar los dramáticos efectos de esa situación, en la que el deudor de buena fe, no puede cumplir la obligación contraída y el acreedor no desea otra cosa que el cumplimiento de la misma, ya que la garantía no era el objeto de la operación sino una compensación de dudosa realización.

2. La Dación en Pago y los Préstamos Hipotecarios

Las Entidades Financieras han gestionado mal el riesgo a asumir en la concesión de préstamos hipotecarios, en un momento que los activos hipotecarios se apreciaban de una manera constante, la ejecución del bien hipotecado cumplía la función requerida: que el bien, sobre el que recaía la garantía, sirviera para recuperarse de la pérdida económica derivada del impago del deudor.

Las Entidades Bancarias y Cajas de Ahorro se expusieron de forma excesiva al riesgo, concentrado en actividades inmobiliarias dejando de lado las inversiones industriales.

- Función del Mercado Hipotecario:

Los Préstamos Hipotecarios, circulan en el citado mercado, Células, Bonos y Participaciones Hipotecarias son títulos hipotecarios que se convierten en su objeto.

Estos activos financieros, tienen como garantía los propios préstamos hipotecarios, pasando a ser una de las fuentes de obtención de liquidez de las Entidades financieras.

Así pues, la movilización de los títulos hipotecarios proporciona a esas entidades, recursos desde los mercados de capitales, que a su vez reinvertían en la concesión de nuevos préstamos.

A partir de 2008 se empieza a paralizar el Mercado Hipotecario, por falta de confianza, se reducen las operaciones en un 40%, mengua la liquidez de las Entidades Financieras dando lugar a una reestructuración del sector, en la que aun nos encontramos inmersos.

Los Prestamos Hipotecarios, que comportan como garantía un bien inmueble y la bajada de los tipos de interés, facilitó la compra de vivienda habitual por parte de las familias; el Estado incentivó la adquisición de la vivienda habitual, mediante la política de desgravación fiscal; los inmuebles pasaron a ser un valor “refugio”, un activo que se revalúa sin ser conscientes de una posible devaluación.

A causa de la grave recesión y la elevada tasa de desempleo, los activos inmobiliarios se deprecian y las ejecuciones hipotecarias se disparan, desembocando esa ejecución en una subasta desierta, adjudicándose las entidades acreedoras, el inmueble por un 60% de su valor de tasación, en muchos casos, sin extinguirse la obligación.

Ante esta situación, la “Datio in solutum” se presenta como instrumento jurídico, al que recurrir, para paliar los efectos derivados del proceso de ejecución hipotecaria, que por sí solo, no extingue la totalidad de la deuda.

Un sector de la sociedad reclama la Dación en Pago como sustitución de la obligación total, sosteniendo que conlleva un ahorro con respecto a los gastos procesales y permitiendo sortear la aplicación del artículo 1911 Código Civil; este sector tiene presente la imposibilidad de la venta del inmueble en un mercado paralizado, o si se realiza, la cantidad que se obtiene es menor que el capital pendiente de pago; en respuesta ese clamor popular, el gobierno dicta el

Real decreto Ley 9/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

3. El juego del pago y la limitación de la responsabilidad del artículo 14 de la L.H.

“Datio in solutum” no se debe confundir con la Adjudicación en Pago, aunque en ambos se de una traslación de dominio del bien, en favor del acreedor, a fin de extinguir una relación obligatoria.

Adjudicación en Pago, se utiliza para calificar los pagos realizados dentro de un proceso divisorio, es un proceso de liquidación, donde se fijan unos haberes que hay que entregar; si por cláusula contractual o última voluntad se determinará, que para el pago de una deuda hay que transmitir unos bienes, hablaríamos de pago, pero no de dación en pago (artículos 399, 404, 406, 1061, 1062, 1065-1072, 1074, 1078, 1085, 1086 y 1708 del Código Civil).

Se define “adjudicación en pago” a aquel acto judicial mediante el cual se considera extinguido un crédito total o parcial, por la transmisión del dominio del bien.

Párrafo segundo de la Ley 493 del Fuero de Navarra, capítulo III “*del cumplimiento y extinción de las obligaciones*” aunque la obligación divisible, “*el acreedor podrá rechazar una oferta del cumplimiento incompleto o de objeto distinto del debido. Sin embargo el acreedor de una cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*”.

El Derecho navarro de tradición romanista, mantiene la figura de “**la dación en pago necesaria**”.

La Adjudicación en pago se da, en un proceso de subasta de bienes inmuebles, cuando esta sea desierta, no exista postor. (artículo 671 LEC) “si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por la cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación” si el acreedor no hace usos de esa facultad, en el plazo de veinte días, el Secretario Judicial “procederá al alzamiento del embargo a instancias del ejecutado”.

Esta adjudicación en pago no conlleva la extinción de la deuda, hemos de remitirnos al artículo 1911 del Código Civil que, vincula al deudor por la parte de deuda no extinguida.

De lo expuesto se desprende que, la Dación en Pago se distingue de la Adjudicación en pago, la primera se justifica en la presencia de un Crédito pendiente de cumplimiento, si la deuda se hubiera extinguido la “datio” no tendría causa y sería nula. Las deudas que se pretenden extinguir son la causa que justifica la traslación de la propiedad de los bienes en

concepto de Dación de Pago y se basa en la concurrencia de las voluntades del deudor y del acreedor, que permite sustituir la prestación pactada por otra distinta con fines solutorios.

La Adjudicación en Pago como acto judicial, es un acto procesal que forma parte de aquellos procesos de ejecución hipotecaria en los que no interviene postor en la subasta o de otros procedimientos declarativos en los que se aplique la Ley 493 Fuero Nuevo de Navarra .

Con la Dación en Pago se pretende impedir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil la Adjudicación en Pago por si sola, no tienen esos efectos, artículo 671 LEC¹

el acreedor puede continuar persiguiendo bienes del deudor hasta que se extinga la deuda.

En este sentido se considera:

- **Dación en Pago:** “Datio pro soluto”
- **Adjudicación en Pago :** “ Datio pro Solvendo”

Tampoco los efectos pacto del de responsabilidad limitada del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, deben confundirse con la Dación en Pago.

“Datio pro soluto ” transmite la propiedad del bien acreedor con fines solutorios, el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria del artículo 140 de la Ley Hipotecaria no permite trasladar el dominio del bien hipotecado al acreedor, la eficacia del Derecho Real de Hipoteca se mantiene.

Ante el impago de deuda se somete el bien a ejecución a fin de cancelarla, ello impide la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, el acreedor deberá extender “carta de pago” con el fin de liberar al deudor.

La Dación en Pago, se valora cuando se produce el impago de la deuda, por el contrario la inclusión del artículo 140 Ley Hipotecaria, introduce un pacto antes del vencimiento de la obligación, estableciendo una limitación de responsabilidad en caso de impago.

¹ El art. 671LEC. Ofrece al acreedor la posibilidad de que el tribunal le adjudique el bien hipotecado, extendiendo la correspondiente carta de pago del crédito que se extingue; no es un acto obligado para el acreedor, es de carácter facultativo.

4. Dación en Pago, como sustitutivo del pago que implica una novación

El Código Civil no regula la Dación en Pago, no obstante, la menciona en los artículos 1521, 1636, 1849 y la interpretación a contrario del artículo 1166 Código Civil “*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*” lo dispuesto por este artículo tendría naturaleza dispositiva, siendo esto así, nada impide la aplicación del principio de autonomía privada. Se admite la “*datio in solutum*” con efectos extintivos de la relación obligatoria.

La presencia de las voluntades, acreedor y deudor, ha llevado a explicar la dación como si e un contrato de compraventa se tratara, basándose en el derecho romano, nuestra jurisprudencia reciente no la identifica con la compraventa², aunque recurra a los preceptos del contrato para aplicarlos por analogía a falta de regulación de la “*datio in solutum*”³ considera que la dación en pago puede existir, sin que conste un precio cierto.

La jurisprudencia se ha inclinado por considerar la “dación en pago” como una forma especial de pago, entendiendo este en un sentido amplio del término, como un subrogado del cumplimiento⁴; sin embargo, la dación en pago no se establece en el momento de la constitución de la obligación, surge como medio de reparación ante un proceso de impago por parte del deudor.

¿Podríamos hablar de la dación en pago como una obligación alternativa? No, ya que el deudor no elige una prestación entre dos o varias de las pactadas, en la dación en pago surge, cuando se ha previsto una determinada prestación, aceptando el acreedor la entrega de otra distinta; como señala Díez Picazo⁵, la facultad de elección de la obligación alternativa, se configura como un derecho potestativo, mientras que en la Dación en pago, la prestación se realiza siempre de mutuo acuerdo.

² SSTS de 5 de Octubre 2006, de 13 de Julio 2007, 3 de Octubre de 2007 y 1 de Octubre 2009.

³ SSTS de 1 de Octubre 2009 (F.J. 2º) admite la dación en pago cuando se deben unas prestaciones. El acuerdo entre deudor y acreedor podrá admitirla aunque no estén determinadas las prestaciones en base al artículo 1445 Código Civil.

⁴ SSTS de 5 de Octubre 1987, de 7 de Octubre 1992, de 28 de Junio 1997, de 25 Mayo 1999, 30 de Noviembre de 2000, de 27 de Septiembre de 2002, 21 de Octubre de 2005 y 19 de Octubre 2006

⁵ Díez Picazo I. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* t II, Civitas, Madrid 1993 pag.555

Tampoco cabe definir la Dación en pago, como un tipo de novación extintiva, ya que el propio legislador, las aborda desde perspectivas distintas.

El Real Decreto- Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, en el anexo dedicado al Código de Buenas Practicas, para la reestructuración viable de la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual distingue entre:

- Novación: (artículo 1) introducción de carencia en la amortización del capital, modificación de tipo de interés o ampliación de plazo, se definen como novación modificativa; es un acuerdo entre la entidad acreedora y el deudor, para modificar las condiciones del contrato.
- Condonación: (artículo 2) quita sobre el conjunto de la deuda.
- Dación en pago: (artículo 3) *“supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la Entidad por razón de la misma deuda”*.

Aunque posteriormente se garantice la permanencia del deudor en la vivienda mediante un contrato de arrendamiento, durante un plazo de dos años.

5. Naturaleza Real de la Dación en Pago

Considerar la dación como una modalidad de pago y causa de extinción de obligaciones, nos aleja de su naturaleza contractual y su definición como negocio jurídico de carácter patrimonial; si nos basamos en el carácter consensual ,acuerdo entre deudor y acreedor para la extinción de la obligación, habría que distinguir la perfección del negocio; sin embargo, en la medida en que, la Dación en Pago, es una sustitución del pago en sentido estricto, en una relación obligatoria, resulta más adecuado su carácter real; el deudor solo se libera cuando el interés del acreedor se ve satisfecho, esto solo se produce, cuando el deudor realiza la prestación acordada.

La Dación en Pago no tiene carácter consensual, surge como un instrumento reparador, que sirve para ejecutar una relación obligatoria que no se ha extinguido aún mediante la prestación debida; su carácter solutorio la vincula al cumplimiento de la obligación y no al perfeccionamiento.

El carácter real se justifica, en que su eficacia dependerá de la entrega de una prestación distinta de la pactada en la relación obligatoria que se pretende extinguir, hasta que no se produzca la entrega se mantendrá viva la obligación primitiva⁶. La naturaleza real de la dación en pago no viola la regla de consensualidad del artículo 1258 del Código Civil, ya que el objeto de este precepto son los contratos y la dación no tiene naturaleza contractual.

La ley 495 F. N. Navarra, manifiesta *“la obligación se considera extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiere la propiedad de la cosa subrogada”*

La Dación en Pago, solo libera al deudor cuando se ejecute la correspondiente prestación, cabe definirla como acto; el deudor lleva a cabo un ofrecimiento voluntario de un nuevo objeto al acreedor, con el fin de cumplir con la deuda pendiente, el acreedor asentirá para aceptar el bien ofrecido en concepto de *“datio solutum”* de ahí que al deudor se le exijan los requisitos de capacidad y legitimación que se pide para cualquier acto dispositivo, artículo 1162 Código Civil.

El Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, prevé la posibilidad de acordar un arrendamiento con el acreedor sobre la vivienda habitual entregada en concepto de Dación en pago.

6. Efectos de la Dación en Pago

La Dación en Pago deroga un principio básico a tener en cuenta en el cumplimiento de una obligación: **“el requisito de identidad de la prestación”** el acreedor no puede ser obligado a recibir algo distinto de lo pactado pero si puede aceptar el ofrecimiento del deudor a fin de extinguir la deuda ya vencida.

En el ámbito de los préstamos hipotecarios, la entidad acreedora procede a tasar el inmueble que se pretende entregar como *“datio in solutum”* el valor de tasación pactado en el crédito hipotecario, es un valor que se vincula al proceso de ejecución, en la dación se tasa para obtener el valor real, el valor actualizado de mercado del bien inmueble a entregar como pago de la deuda pendiente.

⁶ SSTS de 19 e Octubre 2006 (F.J. 1º y 3º) se pronuncia en este sentido.

La Dación en pago, afecta a las garantías vinculadas al Crédito que se pretende extinguir, en los términos del artículo 1849 del Código Civil, para la fianza⁷, siendo causa de extinción del crédito pendiente de pago y de todas las garantías que aquel conlleve.

Hay que valorar la Dación en Pago, como **posible instrumento de Fraude**, dentro de un marco concursal, artículo 71 de la Ley Concursal de 9 de Julio 2003 *“declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta ”* el legislador aborda la extinción de ciertas obligaciones durante los dos años antes de la fecha de declaración de Concurso.

Desde una **perspectiva Fiscal**, el deudor debe tener presente la tributación en el Impuesto de la Renta de la Personas Físicas:

- En función de si, la Dación le representa una pérdida o incremento patrimonial.
- El deudor ha disfrutado de la desgravación fiscal por la adquisición de la vivienda habitual, inmueble objeto de la dación con el fin de extinguir el préstamo hipotecario, esta desgravación se consolida si el deudor reside en la vivienda mínimo de tres años, al dejar de ser vivienda habitual por la entrega del inmueble, esta obligado a restituir todas las cantidades desgravadas hasta ese momento⁸.

Para la Entidad acreedora:

- Si el importe pendiente de la deuda es inferior al valor de tasación, el bien se transmite por el importe de la deuda y lo contabiliza en su balance.
- Si el valor de tasación es inferior a la deuda, se contabilizara en el patrimonio del acreedor por ese valor de tasación y la diferencia hasta el importe pendiente de la deuda se considera pérdida.

⁷ STS de 30 de Septiembre de 2010, aborda el tema de la extinción de la fianza ante una dación en pago.

El TS. Considera que según el art.1847 y1849 C.Civil, “ si la obligación principal(...) se ha extinguido por dación en pago(...)también lo está la del fiador”

⁸ Artículo 68LIRPF *“se entenderá pro vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años”*.

7. La Dación en Pago y el Pacto Comisorio

¿La datio in solutum, afecta a la prohibición del pacto comisorio prevista en los artículos 1859 “El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas” Y 1884 del Código Civil?

La Hipoteca es un derecho real, con la facultad de conservación de su valor y enajenación del bien para realizar y satisfacer así el crédito pendiente, la prohibición en el artículo 1859 del Código Civil impide un pacto comisorio en los préstamos hipotecarios, para eludir la prohibición del pacto comisorio se recurre a el pacto en garantía o de retroventa, mediante el que el deudor vende la vivienda a la Entidad acreedora por el valor de la deuda pendiente.

La Dación no viola la prohibición del pacto comisorio atendiendo al:

- Criterio temporal: El pacto es anterior al vencimiento de la operación, se recurre a la dación ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, una vez vencida.
- Criterio Funcional: La Dación se basa en una causa “Solvendi”, cumple una función solutoria, reparar el incumplimiento. El pacto actúa como una garantía ante un posible impago.
- Naturaleza contractual que se le atribuye al pacto comisorio, no se predica de la dación en pago. No es un pacto entre acreedor y deudor, sino más bien un ofrecimiento de pago por parte del deudor, artículo 1166 Código Civil, confluyendo las voluntades de ambos. Ahora bien, ¿que valor hay que atribuir al inmuebles? ¿el valor de tasación acordado para el proceso de ejecución hipotecaria? ¿el valor de tasación actualizado? Esta última es la que aparece como solución más idónea.

En una situación de crisis como la actual, la tasación actualizada implica un valor inferior al inicial; el acreedor tendría que valorar si acepta, o no, con los datos que ofrece la tasación, aunque la deuda pendiente de pago sea mayor que el bien ofrecido por el deudor⁹

R.20.07.2012 Declaró que la Dación en Pago condicionada al pago de deuda es un Pacto Comisorio prohibido.

⁹ STS de 1 de Octubre de 2009, la dación en pago no exige que las prestaciones estén identificadas y valoradas.

8. Propuestas legislativas contra el sobreendeudamiento y sobre la Dación en Pago de la finca hipotecada.

La situación de crisis económica la actuación de los tribunales por medio de resoluciones ha desencadenado la aparición de propuestas legislativas, destinadas a paliar las consecuencias en el ámbito de ejecuciones hipotecarias.

Algunas de estas actuaciones se han traducido en normas positivas, el RDL 8/2001 que introduce modificaciones en el proceso de ejecución, al objeto de hacer más efectiva la subasta de bienes hipotecados.

La falta de correspondencia entre el precio de tasación del inmueble y la insuficiencia de este, para hacer frente a la deuda hipotecaria tras la subasta, crea polémica sobre la aplicación o no de la doctrina del enriquecimiento injusto, reclamando mediadas normativas que otorguen solución al problema de los desahucios de los deudores hipotecarios.

Las propuestas de reforma han sido promovidas desde distintos ámbitos, parlamentarios y sociales.

8.1. Proposición de Ley medidas urgentes en materia de ejecución hipotecaria de 15 de junio 2011.

Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto de 15 de junio de 2011 (publicada por el BOCG del 21 al 27 de junio de 2011) que caducó por disolución de las Cortes Generales.

La exposición de motivos de dicha proposición, señala los aspectos económicos sociales y jurídicos que evidencian la necesidad de una reforma legislativa en la materia:

- El acceso generalizado a la vivienda en España, en los años de expansión económica, asociada a una financiación hipotecaria, ha generado un sobre endeudamiento a las familias.
- El incremento de las ejecuciones hipotecarias, consecuencia de la errónea política inmobiliaria y crediticia de las entidades financieras, exige la intervención pública al afectar un derecho social: el acceso a una vivienda digna.
- La legislación procesal, hipotecaria y civil vigente, impide que los juzgados adopten las medidas intermedias que ponderen el derecho de las entidades acreedoras a que les sea resarcida la deuda con el derecho de acceso a una vivienda digna de personas que han incumplido por causas ajenas a su voluntad.

En el momento actual, de baja de los precios de los inmuebles, a causa de la crisis, la legislación vigente provoca que únicamente los propietarios de las viviendas tengan que asumir la pérdida, la entrega de la vivienda como pago de la deuda contraída no evita la reclamación de pago sobre otros bienes.

A la vista de tales consideraciones, la Proposición de Ley introduce modificaciones en los ámbitos: Procesales, Civiles e Hipotecarios.

a) Marco procesal:

- Art.579 LEC se impide al juez proseguir con la ejecución a instancias del ejecutante, en los casos que se admita la dación en pago de la deuda tras la entrega del inmueble.
- Aumento del 60% a 70%, en caso de subasta para que se adjudique la finca, el ejecutante (art.670.4 LEC) podrá formular propuesta de dación en pago del total de la deuda por el valor alcanzado en subasta, si el valor de tasación es superior a la deuda pendiente.
- La adjudicación a terceros se efectuara por el 70% del valor de tasación, si el ejecutante no hace uso de sus facultades.
- Se añade un nuevo motivo de oposición a la ejecución (art.695LEC), cuando la ejecución sea un inmueble hipotecado con destino vivienda habitual, el deudor haya actuado de buena fe, obteniendo rentas inferiores a las iniciales, Si el juez estima la oposición podrá acordar una moratoria o modificación en el pago y plazos pactados.

b) Marco civil:

Afectación del art.1911Código Civil, que acoge el principio de responsabilidad universal del deudor estableciendo una excepción, podrá estipularse que la obligación garantizada mediante bienes hipotecados o pignoralados alcance exclusivamente a estos dejando al margen a los demás bienes del patrimonio del deudor.

c) Normativa hipotecaria:

En el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, se precisara que la hipoteca no alterara la responsabilidad del deudor en los términos del art. 1911 C.C.

Esta proposición adolece de defectos técnicos en la reforma de los artículos de la LEC y la modificación del artículo 1911C.C. es innecesaria, ya que la ley puede limitar la responsabilidad universal del deudor, mediante la aplicación del art. 140 L.H.

La referencia a la Dación en Pago de la vivienda, no es novedosa ni operativa al ser una facultad del ejecutante, quien se la puede adjudicar por ejecución, sin requisitos de buena fe.

8.2. Proposiciones no de Ley para el favorecimiento de la Dación en Pago.

El 20 de diciembre de 2011, se presentó una nueva Proposición, por el Grupo parlamentario mixto, sobre la regulación de la dación en pago, otras mediadas urgentes en materia de ejecución hipotecaria, rechazada el 27 de marzo de 2012 por la Comisión de Justicia y otra el 6 de febrero de 2012 sobre la dación en pago, instando al Gobierno a:

- Que promueva en las Cortes Generales la modificación de la regulación hipotecaria:
 - Incluyendo la figura de la dación en pago, sobre vivienda habitual, a fin de que la totalidad de la deuda quede liquidada tras la adjudicación del inmueble.
 - Se incremente la cantidad inembargable de nominas, pensiones etc.
- Que se aprueben medidas para paliar los desahucios de las familias en situación de insolvencia sobrevenida e involuntaria.

El Grupo Parlamentario Socialista, presentó una proposición no de Ley sobre medidas para prevenir situaciones de sobre endeudamiento de particulares, proteger los intereses de los deudores hipotecarios sometidos a ejecución y favorecer la dación, desestimada por la Comisión de Economía y Competitividad el 14 de marzo de 2012.

8.3. Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar del Parlamento de Cataluña 18 de Julio de 2012.

Se aprobó por unanimidad, una Proposición de ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar, que tiene por finalidad la aprobación de la dación en pago de la vivienda adquirida con hipoteca impagada, que será enviada al Congreso para su tramitación.

El texto se estructura en 3 capítulos, prevé medidas para corregir el vacío legal generado en torno a la dación en pago, entendiendo por tal la devolución de la vivienda hipotecada a la entidad financiera, implicando la cancelación de la hipoteca.

Las medidas posibilitan a un juez suspender una hipoteca cuando la entidad financiera la concede a personas con sobre endeudamiento, fijando un procedimiento extrajudicial como la dación en pago, incluyendo medidas que posibiliten la permanencia del deudor, mediante el pago de un alquiler temporal.

8.4. La Iniciativa Legislativa Popular sobre la Dación en pago.

Promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, la Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, admitida a trámite por el Congreso el 12 de febrero de 2013 con el voto a favor de todos los grupos parlamentarios, proponiendo las siguientes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- Art.1 Dación en Pago en la ejecución hipotecaria.

Se añade un párrafo nuevo al art.693LEC *“si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. En este caso, el Tribunal dictará resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago del total de la deuda garantizada, exigiéndose la misma junto con los intereses y costas”*.

Se da nueva redacción al art.579 LEC incluyendo *“no obstante, en caso que el bien ejecutado se la vivienda habitual del deudor, no se podrá iniciar la ejecución dineraria”*

- Art.2 Paralización de los desahucios y alquiler social.

Se añade un nuevo artículo 675 bis *“No se podrá acordar el lanzamiento del inmueble en el seno de la ejecución hipotecaria, cuando se trate de la vivienda habitual del ejecutado y cuando el impago del préstamo hipotecario sea debido a motivos ajenos a su voluntad”*.

“ El ejecutado tendrá derecho a seguir residiendo en la vivienda a título de arrendamiento por un periodo de 5 años desde la fecha de adjudicación”.

“ El importe de la renta mensual del arrendamiento no podrá ser superior al 30% de los ingresos mensuales del arrendatario”.

- Art.3 aplicación retroactiva, Se anunció que la ILP y la Ley (proyecto de ley del real decreto-ley sobre desahucios) tramitarían de forma conjunta.

9. Respuesta del Ejecutivo.

La sociedad en general ha reclamado desde el inicio de la crisis económica, respuestas rápidas y terminantes a los problemas suscitados por las ejecuciones hipotecarias. Se han obtenido mediante 3 reales Decretos-Ley, por parte del Gobierno.

9.1. El Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de julio de apoyo a los deudores hipotecarios.

Se tradujo en la reforma de la LEC 2000 por el RDL 8/2011 ya referido, la reforma se quedo corta.

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

Se establecen, en este Real Decreto-Ley, diversos mecanismos para la restructuración de la deuda hipotecaria, de quienes no pueden atender su pago y la flexibilidad de la ejecución de la garantía real; incorpora un nuevo concepto en el campo jurídico “umbral de exclusión” para acotar el ámbito subjetivo de la norma: aquellos deudores de crédito o préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual en los que concurren :

- Que todos los miembros de la unidad familiar, carezcan de rentas derivadas del trabajo o actividades económicas.
- Que la cuota familiar resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de la unidad familiar.
- Que el conjunto de la unidad familiar carezca de otros bienes.
- Que se trate de un crédito o préstamo sobre la única vivienda en propiedad y concedido por la adquisición de la misma.
- En caso de que existan codeudores, que estén incluidos en las circunstancias descritas.

Han surgido puntos a discutir sobre las condiciones expuestas, como por ejemplo: el importe de la cuota que deba superar el 60% de los ingresos, no quiere decir que la unidad familiar pueda vivir con el 40% restante.

9.3. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios: la paralización de los desahucios.

Transcurridos 8 meses del anterior se aprueba este decreto-ley, cuyo objeto consiste en la suspensión inmediata y por plazo de 2 años de los desahucios de las familias que estén en situación de especial riesgo, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas. Los supuestos de especial vulnerabilidad:

- Familia numerosa.
- Unidad familiar monoparental con dos hijos a su cargo.
- Unidad familiar de la que forme parte un menor de 3 años.
- Unidad familiar en la que algún miembro tenga declarada discapacidad superior al 33%
- Unidad familiar cuyo deudor hipotecario se encuentre en paro y haya agotado las prestaciones de desempleo.
- Unidad familiar en la que existan una víctima de violencia de género.

Cumpliendo una serie de requisitos, en cuanto a las circunstancias económicas.

Calificado este decreto, por distintos sectores políticos y sociales, de “parche” a la situación que siguen viviendo muchas familias en nuestro país; señalando el ataque al artículo 33 de la Constitución Española, al privar al propietario de la vivienda, por medio de la adjudicación, sin derecho a una indemnización por la privación del uso y disfrute de la misma.

10. Repercusión Económica de la Dación en Pago de Activos Inmobiliarios.

La Dación en Pago tiene una vertiente civil, hipotecaria, fiscal y financiera.

Analicemos este último punto, la acumulación de activos inmobiliarios en los balances de las Entidades Financieras, crea un problema al incidir en la falta de liquidez de estas últimas, ello ha obligado a estas Entidades Financieras a la creación de sociedades específicas dedicadas a la gestión y venta de bienes inmuebles atribuidos por subasta desierta o mediante dación en pago.

Deben proceder a la venta de inmuebles, al recaer sobre ellas la obligación de efectuar las correspondientes provisiones dinerarias de riesgo.

El Banco de España requería una provisión del 10% del valor de tasación de los activos inmobiliarios que permanecieran en su balance más de un año, a partir del año 2009 se impone un aumento de la provisión, hasta el 20% y en 2010 se eleva al 30%.

Con el Real Decreto-ley de 3 de febrero de 2012 de saneamiento del sector financiero, el Ministerio acentuó, el ascenso de las provisiones de riesgo a realizar por las Entidades, con lo que se alcanza hasta un 40% en activos inmobiliarios con antigüedad en balance superior a los 36 meses.

El artículo nº3 del citado Real Decreto-ley 2012, señala que los activos recibidos como adjudicaciones o daciones en pago de deudas, deberán ser aportados por la Entidad a una Sociedad Anónima, por un valor razonable.

Están obligadas a provisionar por todos los créditos, incluidas las Promociones, a fin de vencer la desconfianza de los mercados y mediante este saneamiento proteger nuestro sistema financiero, incitándoles a desprenderse de los valores inmobiliarios depreciados a fin de potenciar la circulación de dinero.

11. Conclusiones:

¿Es la Dación en Pago un instrumento jurídico adecuado para resolver la problemática derivada por los impagos de los préstamos hipotecarios?

Aporta ventajas y desventajas:

- Para las Entidades Financieras, adquirir un inmueble le permite dejar de provisionar por la deuda y baja su ratio de morosidad, si bien le ha de dar una salida rápida a fin de no penalizarle por su permanencia en balance.
- Problema, de la Dación en Pago es la depreciación del inmueble.
- Para el deudor, afectado por una grave crisis económica, que le impide cumplir con la prestación debida, la dación le ofrece una clara ventaja, como extinción total de la deuda con la entidad financiera, artículo 1991 Código Civil, sin olvidar que esta a su vez comporta unos costes fiscales.
- Jurídicamente, no cabe la obligación de una figura que, se define por su carácter voluntario, hablar de Dación en Pago necesaria según contempla la Ley 493 F.N. Navarra, nos aleja de la “datio in solutum” y nos acerca a la adjudicación en pago, al pretenderse que por resolución judicial, se obligue a la Entidad a aceptar el inmueble que se halla en garantía del préstamo hipotecario.

Lo expuesto comportaría la reforma del artículo 105 de La Ley Hipotecaria según el cual “la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterara la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil”.

De todo lo expuesto se desprende, que la Dación en Pago no parece ser la solución para solventar la problemática derivada del impago de los préstamos hipotecarios, con independencia de que resulte la más idónea para los casos en que acreedor y deudor consientan, sería mejor establecer unas reglas a aplicar cuando un deudor de buena fe, se halle en una situación de insolvencia; se debería reformar la Ley Concursal, a fin de tener presente la situación de la persona física.

Por otra parte, la extralimitación de algunas Entidades Financieras, no deben desvirtuar la figura de la hipoteca que ha favorecido el desarrollo social y económico.

Con la aplicación del art. 140 de la L. H., que dejaría al margen el art. 1911 del C. Civil, con carácter voluntario, se daría probablemente:

- Restricciones, mayores que las actuales, en la circulación de dinero a través del crédito.
- Las condiciones para el consumidor serían más severas, dando lugar a un incremento de la desigualdad entre estos.
- La fuente de financiación, de las Entidades, en el Mercado Hipotecario al disminuir las garantías se verían afectadas.

El ejecutivo ha ido adoptando diversas medidas, a fin de dar respuesta a las necesidades, derivadas de la crisis en relación a la ejecución de préstamos hipotecarios.

- medidas de carácter general.
- medidas de carácter específico.

RDL8/2011: modificación de los tipos mínimos por los que el acreedor podía adjudicarse la finca hipotecada, resulto una reforma insuficiente para la protección de familias.

RDI6/2012: protección particular de los deudores hipotecarios que no cumplen su obligación por motivos ajenos a su voluntad.

El legislador ha sido lento e incluso se considera responsable indirecto de estas situaciones, a criterio jurisprudencial, acusando al sistema financiero español y la intervención interesada de las entidades de crédito; Nasarre Aznar, responsabiliza a las entidades de crédito, a las que se les permitió en virtud del artículo 18 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, pasando el sobreendeudamiento de las familias del 45% en 1997 al 76% en 2001 y al 143% en 2008.

El legislador toma iniciativas para paliar las consecuencias negativas de la crisis sobre el crédito hipotecario (la moratoria ICO o el alargamiento del plazo del préstamo), a todo ello contribuye la ausencia de regulación específica de la responsabilidad civil hasta la Ley 41/2007, de las entidades de tasación.

El Gobierno justifica, la necesaria celeridad en la adopción de nuevas medidas de protección de estos deudores hipotecarios, en el derecho constitucional reconocido a disfrutar de una vivienda digna artículo 47C.E. en consonancia al art. 53.3CE. La intención del Gobierno es atender a un colectivo, que se encuentra en una situación excepcional.

La última respuesta urgente del Gobierno: La paralización de los desahucios RDI 27/2012, se limita a suspender durante dos años desde su publicación los lanzamientos de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, estas personas, siguen endeudadas con la entidad bancaria, ya que el préstamo continua devengando intereses moratorios, se paralizan los desalojos, no la ejecución hipotecaria. La única media futura que menciona el RDL, es la creación de un fondo social de viviendas propiedad de las E. Bancarias, acogiéndose al Código de Buenas Practicas que regula el RDL., solicitando la reestructuración de la deuda.

Decreto Ley 6/2013 de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía: El objeto es hacer aflorar en alquiler el parque residencial desocupado existente en su CCAA. al entender que afecta al derecho a la propiedad de la vivienda, se presento recurso, admitido a tramite por el TC. provocó la suspensión, durante los 3 meses que estuvo en vigor el Decreto, se iniciaron expedientes de expropiación de viviendas, protagonistas del informe del rescate a la Banca Española que hizo publico la Comisión Europea y el Banco Central Europeo; el informe advertía que el Decreto, entorpecía la actividad de la sociedad de gestión de activos procedentes de la Reestructuración Bancaria. En enero 2014 el TC. suspende la aplicación de la Ley Andaluza que sustituyo al Decreto-ley.

Ley 1/2013 de 4 de mayo, medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios Reestructuración de deuda y alquiler social :

Se modifica el art.114 L.H. introduciendo un limite a los intereses de demora de préstamo o crédito para la adquisición de la vivienda habitual.

El art.129L.H. regula el proceso de venta extrajudicial, financiación máximo 80% valor de Tasación plazo máximo 30 años.

- oposición a la ejecución por clausulas abusivas 695 LEC
- la quita a favor del Deudor en un proceso de ejecución 579 LEC
- la relajación de los requisitos para facilitar la puja 647.1 LEC
- elevación del precio mínimo de adjudicación 671 LEC

Esta ley fue objeto de duras criticas y el partido de la oposición presento un recurso de inconstitucionalidad contra la ley , al considerar que vulneraba 14 artículos de la Constitución.

El recurso incide en la tramitación parlamentaria de la ley, que considera fraudulenta al hacer desaparecer el texto de la Iniciativa Legislativa Popular, promovida por la Plataforma de afectados por la Hipoteca, vulnerando el derecho de participación democrática de los ciudadanos.

Efectos de la Dación en pago generalizada impuesta al acreedor:

La reclamación de la dación en pago obligada para el acreedor, descansa en razones de justicia social, nuestro sistema hipotecario se construye sobre pilares sólidos :

- La seguridad que imprime el Registro de la Propiedad.
- Los principios que de la inscripción constitutiva se derivan.

La Dación en pago impuesta es contraria a los principios de libertad de contratación y de fuerza vinculante de los contratos, pretendiendo una nueva distribución de responsabilidades, como remedio al sobreendeudamiento provocado por la crisis económica.

Se critica que nuestro ordenamiento no acoja la figura de la dación en pago de la finca hipotecada como sí hacen otros países, con otras realidades, EEUU. población con alta movilidad , aboga por el pacto ante la dificultad de requerir el pago al deudor, por vía judicial.

Otras medidas y remedios alternativos:

Las vías extrajudiciales como alternativa a la ejecución hipotecaria se hallan previstas en otros países europeos como Francia (Código de Consumo desde 1989 y la Ley de segunda oportunidad 2003) o Alemania (Ordenanza de Insolvencia) que priorizan la solución negociadora, permitiendo que el ciudadano insolvente, cumpliendo unos requisitos, pueda obtener quitas, esperas, sustitución de garantías e incluso condonación de parte de la deuda.

Son soluciones de mediación, bien novando las condiciones del préstamo o transformando el derecho de propiedad en un derecho de usufructo o arrendamiento son preferibles a la dación en pago obligatoria, al comportar esta última la pérdida de la vivienda y el desalojo familiar.

En nuestro país el Código de Buenas Prácticas aprobado por el Gobierno, comporta una exigencia de condiciones “al umbral de exclusión” excesivamente rígidas, encontrando a faltar la priorización de una salida negociada en las situaciones no voluntarias; se podría plantear la revisión de la Ley Concursal 38/2011 de 10 de octubre, como protección económica y social de consumidores y familias, otorgando mayor protagonismo a los jueces en busca de soluciones adecuadas a cada situación.

No es posible trasladar los modelos de otros países, cuando las premisas de las que parten son muy diferentes a las nuestras, la permisibilidad del legislador español, en la concesión generalizada de hipotecas por las entidades bancarias en los últimos años, han provocado la existencia de un exceso de deudores hipotecarios, en estas condiciones se hace difícil alcanzar acuerdos para la restructuración de la deuda y conjugar fortaleza financiera con derechos sociales.

Propuestas para mejorar la transparencia en la contratación del préstamo hipotecario:

- Información que las entidades de crédito están obligadas a facilitar al consumidor ,FIPER incluye las condiciones de contratación según Orden 2011 de transparencia y protección al cliente, a fin de hacer más transparente el proceso de contratación de un préstamo hipotecario; evitando la inclusión de cláusulas abusivas.
- Promover y elevar la cultura financiera de la sociedad a fin de acceder a un préstamo con unos ahorros o ingresos suficientes que permitan hacer frente a las obligaciones, lo que calificaríamos de un crédito responsable.

La utilización de la dación en pago podría verse impulsada si el legislador eliminara la desventaja fiscal, actualmente las daciones han de pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales dos veces:

- al producirse la dación al acreedor, con base en el valor fiscal.
- al vender el acreedor el inmueble, con base al precio de compra-venta.

Por el contrario las Adjudicaciones, solo tributan una vez, con base al valor de adjudicación, que suele ser inferior y se benefician del remanente a calidad de ceder a un tercero, el legislador debe asumir su responsabilidad, reduciendo barreras ineficaces, que él mismo ha impuesto a la libre contratación de mercado, ello daría solución a los problemas de sobreendeudamiento.

Con independencia de que se recurra a la figura de Dación en Pago, entre acreedores y deudores, a fin de extinguir las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario, creo más oportuno la restructuración de la deuda o la quita parcial, unido a un mayor control del riesgo en la concesión de Préstamos Hipotecarios a realizar no solo por la Entidad que lo otorga sino también por los órganos de control.

BIBLIOGRAFIA :

- Díez Picazo, Luis y Gullon, Antonio , “Sistema de Derecho Civil” Ed. Tecnos Ed.7ª
- Préstamo hipotecario ejecución y dación en pago , Isabel Zurita Martín
Editorial LA LEY.
- Gómez Gállego, F.J. “La hipoteca como instrumento al Servicio del desarrollo del mercado inmobiliario” RCDI nº691 septiembre-octubre 2005.
- Holgado Madruga,F. “ la relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo” Diario La Ley nº 8122,9 julio 2013.
- Revista Critica de Derecho Inmobiliario. Monografico sobre la Dación en Pago 2013.
- Lasarte Alvarez,L. “Principios de Derecho Civil V. Derechos reales y Derecho hipotecario, Marcial Pons, Madrid ,2005.
- Marin Garcia de Leonardo T. “Consideraciones sobre la dación en pago” RCDI, julio-agosto 1987,nº581 pags.977 ss.

Otros Recusos Consultados :

- Codigo Civil
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley Hipotecaria
- Real decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo , de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios reestructuración de deuda y alquiler social.

