

# La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad

## *Surrender in lieu of payment vs. The debt discharge mechanism*

POR

DRA. ABIGAIL QUESADA PÁEZ

*Acreditada como contratada doctora*

*Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Granada*

**RESUMEN:** La crisis financiera que ha sufrido el mercado hipotecario español, ha dado lugar a numerosas ejecuciones hipotecarias, debido entre otros factores a la concesión de créditos irresponsables por parte de las entidades financieras. Ante esta delicada situación social y económica que afectaba a gran parte de la población española, el legislador se ha visto en la necesidad de regular estas situaciones mediante el Real Decreto-ley 6/2012, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, el cuál analizamos en este trabajo viendo que en términos generales solo responde parcialmente a la situación que estaba y está atravesando el país. Debido a ello se aprueba la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y otras Medidas de Orden Social, que contempla una nueva solución para el deudor hipotecario probablemente más acertada y eficaz.

**ABSTRACT:** *The financial crisis that has suffered the Spanish mortgage market, has resulted in numerous foreclosures, due among other factors to the irresponsible granting of loans by financial institutions. Given this delicate social and economic situation affecting much of the Spanish population, legislator has seen the need to regulate these situations by Real Decreto-ley 6/2012*

*de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, (of Urgent Measures for Protection of Debtors without Resources), which we analyze at this work seeing that, in general terms, partially only responds to the situation in which the country was. Because of this, the Ley 25/2015, de 28 de julio, De Mecanismo De Segunda Oportunidad, Reducción De La Carga Financiera Y Otras Medidas De Orden Social, (the debt discharge mechanism, reduced financial burden and Other Measures Social Order) was approved, which provides a new solution, which probably is more successful and effective for the debtor.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca. Dación en pago. Deudor hipotecario. Ejecución hipotecaria. Segunda oportunidad. Liberación deudas.

**KEY WORDS:** Mortgage. Surrender in lieu of payment. Mortgager, Foreclosure action. Fresh start. Debts release.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DACIÓN EN PAGO: 1. CONCEPTO. 2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA DACIÓN EN PAGO. 3. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO: A) Gastos de formalización. B) La cancelación de la hipoteca.—III. EL FRESH START O MEDIDAS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: 1. LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE LA CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL. 2. ¿EL FRESH START O LA DACIÓN EN PAGO?—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

A finales de los años noventa, se generó un auge económico, denominado como «boom inmobiliario» donde casi todo el mundo se encontraba en una situación de euforia y puro consumismo que hacía que se concedieran multitud de préstamos hipotecarios a intereses muy bajos, sin la debida comprobación por parte de las entidades financieras del riesgo que podía tener el solicitante, y además se sobrevaloraban las viviendas por parte de las entidades tasadoras, para que el deudor obtuviera el 100% de la financiación e incluso un porcentaje mayor.

La primera grieta del sistema en el que se basaba la economía nacional vino a consecuencia de la crisis internacional originada en Estados Unidos y que terminó por sumergirnos en la actual crisis económica que está sufriendo España desde principio del 2008. Estas circunstancias han llevado a muchas familias de nuestro país a una situación desesperada en la que no pueden hacer

frente al pago de recibos de suministros necesarios para vivir en condiciones dignas, como es el de agua, electricidad, gas, etc., cuanto menos no pueden pagar las cuotas mensuales de los préstamos hipotecarios contratados en su día con las entidades bancarias.

La crisis financiera ha desencadenado un gran número de problemas sociales, que obviamente se ha traducido en un incremento alarmante de las ejecuciones hipotecarias, con la consiguiente tragedia social especialmente cuando estas afectan a la vivienda habitual.

Es una realidad más que dramática en la que se encuentran estas familias en que no solo van a perder su casa sino que además debido a la devaluación que han sufrido los bienes inmuebles en nuestro país como consecuencia de la crisis del ladrillo, seguirán teniendo que pagar una cantidad determinada al banco, debido a que la entrega de su vivienda habitual no es suficiente para cancelar la deuda y tendrán que seguir abonando una cuota mensual al banco hasta que se complete la devolución íntegra de la cantidad del préstamo otorgado en su día.

Las circunstancias descritas anteriormente en la que se encontraban numerosas familias españolas, ha llevado a estas a encontrarse en una situación desesperada, de la que el legislador no podía permanecer pasivo ante la misma. Es por ello, que se ha visto obligado a intentar aliviar la situación de estas personas, para ello ha tomado una serie de medidas. Entre las que cabe destacar el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, para Reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Mediante el presente trabajo pretendo analizar las medidas adoptadas por el legislador, en especial la dación en pago y la ley de segunda oportunidad, para ver si realmente y hasta qué punto dichas medidas benefician al deudor hipotecario.

## II. LA DACIÓN EN PAGO

### 1. CONCEPTO

La dación en pago es un contrato atípico, se utiliza cuando se pretende saldar una deuda con una entidad financiera mediante la entrega del bien inmueble sobre el que recae la garantía real.

La dación en pago puede definirse como «un negocio jurídico bilateral por el que acreedor y deudor acuerdan que el pago —cumplimiento de la obligación— se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación»<sup>1</sup>;

por su parte el TS en su sentencia de 19 de octubre de 2006 la definió como «aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación»<sup>2</sup>.

Esta figura no está regulada en nuestro Código Civil, aunque hace mención a la misma en el inciso final del artículo 1521 del Código Civil, y tendremos que atenernos al artículo 1255 del Código Civil, en el que queda consagrado el principio de libertad entre las partes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Por otro lado, la Ley Hipotecaria en su artículo 140, establece que «podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor», por lo tanto, dicho artículo deja una puerta abierta para que las partes a su libre arbitrio pacten que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, y no alcanzará al resto de bienes del deudor.

En definitiva podemos decir que aunque no hay una exacta y clara definición de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico, si que está aceptada por el mismo y en determinados casos reconoce el que se pueda utilizar esta figura.

## 2. REGULACIÓN ACTUAL DE LA DACIÓN EN PAGO

Recientemente la economía española ha experimentado cierta mejoría y empieza a dar algunos signos de recuperación económica, aunque la percepción general de la sociedad no sea así. Los poderes públicos en su cometido de ofrecer mejores soluciones a la situación actual de muchas familias, sancionó en 2015, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas, y es aquí en donde podemos encontrar la regulación más actual de la dación en pago.

Así observamos que en su Exposición de Motivos señala que el título I de la mencionada Ley, contiene tres artículos de carácter modificativo a través de los que se da nueva redacción a determinados preceptos de otras tantas normas legales como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Completan las modificaciones introducidas por el título I de la Ley 25/2015, las disposiciones adicionales primera a quinta. Aunque podemos destacar sin

lugar a dudas, que la mayor novedad es la inclusión del Anexo del llamado «Código de Buenas Prácticas» en el Real Decreto-ley 6/2012<sup>3</sup>, donde encontramos el siguiente orden de medidas previas a la ejecución hipotecaria que son:

1. Medidas previas: reestructuración de deudas hipotecarias<sup>4</sup>.
2. Medidas complementarias: quita en el capital pendiente de amortización<sup>5</sup>.
3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual<sup>6</sup>.

Por lo que podemos comprobar que solo en caso de que las medidas previas y complementarias sean inviables, será cuando se pueda utilizar la dación en pago por parte del deudor, además que estas personas deben de encontrarse en el «umbral de exclusión social»<sup>7</sup>, lo que se traduce en que el ámbito de aplicación de esta norma es bastante restringido, debido a que los requisitos exigidos por la ley son muy estrictos y difíciles de cumplir. Además debemos de tener en cuenta, que la adhesión al Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades bancarias es voluntaria, tal vez en este punto el legislador ha sido un poco laxo a este respecto, aunque la mayoría se ha adherido voluntariamente<sup>8</sup>. No obstante, el legislador nos ha dejado con un vacío legal y dificultades futuras, al no prever cómo proceder frente a aquellas entidades que no se quieran adherir o que no quieran hacerlo de forma permanente<sup>9</sup>.

### 3. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

La dación en pago supone la cancelación definitiva de la deuda garantizada con hipoteca así como de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda<sup>10</sup>. Los efectos que tiene la dación en pago, son básicamente dos, los gastos de formalización y la cancelación de hipoteca que pasaremos a ver a continuación.

#### A) *Gastos de formalización*

En este apartado básicamente nos estamos refiriendo a los gastos notariales y registrales. La dación en pago de la vivienda habitual ha de formalizarse en Escritura Pública y, posteriormente se tendrá que inscribir en el Registro de la propiedad. En la regulación vigente respecto a esta materia, se prevé la bonificación del 50% en los derechos arancelarios notariales y registrales, derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca en los casos de dación en pago de un deudor hipotecario que se halle en el umbral de exclusión<sup>11</sup>. Los deudores

comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 25/2015, que quieran utilizar la figura de la dación en pago prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrán la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad o tercero que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.

### B) *La cancelación de la hipoteca*

A través la dación en pago, la deuda garantizada por la hipoteca quedará totalmente cancelada mediante la entrega a la entidad financiera de la vivienda habitual. Por lo que el deudor no responderá ante el acreedor con sus bienes presentes y futuros, como establece el artículo 1911 del Código Civil, sino que se limitará al valor de la vivienda objeto de la dación en pago, por tanto estaríamos hablando de una hipoteca de responsabilidad limitada, con fundamento en el artículo 140 LH, el cual prevé el pacto válido y voluntario en la escritura de la hipoteca, con objeto de que la obligación garantizada pueda hacerse efectiva solo respecto a los bienes hipotecados<sup>12</sup>. La Ley Hipotecaria solo nos dejaría usar esta figura a través del artículo 140 cuando haya pacto voluntario entre las partes, pero actualmente debido a la situación desesperada de muchas familias en nuestro país, el legislador con el artículo 3 (b) del Anexo «Código de Buenas Prácticas para la Reestructuración Viable de las Deudas Hipotecarias sobre Vivienda Habitual» incluido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introduce una nueva fórmula estableciendo que *la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros por razón de la misma deuda*. Es decir, el deudor hipotecario podrá beneficiarse de la dación como medida sustitutiva a la ejecución hipotecaria siempre y cuando, en su particular circunstancia, concurren los requisitos delimitadores de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación junto a las exigencias del artículo 5 en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real lo que hace que, en la práctica, sea casi imposible su aplicación. Los criterios adoptados por el Gobierno para poder optar a la misma son extremadamente limitativos por lo que se siguen promoviendo desahucios que prolongan la agonía de los deudores.

Aunque en los supuestos en que se llegue a la dación en pago, el deudor podrá, si así lo solicita, permanecer durante 2 años en la vivienda, en régimen de arrendamiento, y se les aplicarán las siguientes condiciones: aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo por lo que respecta al plazo mínimo del contrato y a la actualización de la renta, ya que el plazo del arrendamiento será 2 años, con posibilidad de prórroga, la renta anual será del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación, durante los dos primeros años, a partir del tercer año, la renta sería la de mercado; en caso de impago, los intereses

de demora serán del 20%, y el arrendador podrá iniciar el desahucio a los 6 meses de producido el impago, salvo que se hubiera regularizado o transcurrido el plazo de dos años de duración del contrato, si el arrendatario no desalojara la vivienda y no se hubiera pactado la prórroga, en cuyo caso, podrá reclamarse como renta impagada la renta de mercado correspondiente a los meses en los que la vivienda hubiera estado ocupada indebidamente.

### III. EL *FRESH START* O MEDIDAS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

Las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 6/2012 se habían revelado insuficientes para resolver, o al menos paliar, la situación de los deudores hipotecarios. Ello es consecuencia, por un lado, de haber adoptado medidas muy parciales que no abordan en su integridad el desequilibrio existente entre la posición del acreedor y la del deudor. Y, por otro, por haber definido muy restrictivamente el umbral de exclusión en el que deben encontrarse, tanto los deudores como sus fiadores, para poder acogerse a las medidas establecidas en el Real Decreto-ley 6/2012, lo que hace que el colectivo beneficiado sea muy reducido, casi testimonial, y que la mayor parte de afectados con escasos recursos no puedan beneficiarse de dichas medidas.

El legislador consciente de la dimensión del problema de los deudores en nuestro país y que las medidas adoptadas hasta el momento no daban una respuesta eficaz a la situación, decide promulgar dos leyes, que cambiarán el escenario legal debido a la reformas introducidas en ellas. La primera es la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización donde se introdujeron diversas modificaciones en la Ley Concursal, y la segunda es la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, Reducción de la Carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social, algunas de las cuales suponen auténticas novedades en nuestra legislación. Una de estas figuras importadas, vendida como medida estrella, es la de la segunda oportunidad o *fresh start*, ya existente en otras legislaciones<sup>13</sup>.

El *fresh start*, regulado en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, consiste en la condonación de las deudas contraídas por una persona física tras la liquidación de su activo en el marco de un concurso de acreedores pero con unas limitaciones. Concretamente, siguiendo el orden preferencial de cobro marcado por la ley, habrán tenido que cubrirse todos los créditos generados contra la masa así como los privilegiados y al menos un 25% de los créditos ordinarios. En este sentido, si estos requisitos se cumplen, el concursado persona física podrá beneficiarse de una condonación del resto de deudas. Así pues, con la introducción de esta figura se crea una excepción a la responsabilidad patrimonial universal regulada en el artículo 1911 del Código Civil.

La finalidad de esta reforma es clara: dar una segunda oportunidad a la persona física (empresario o no) para que pueda empezar de nuevo sin arrastrar deudas de su antigua actividad. En el trasfondo de esta finalidad, un evidente motivo de justicia social pero también una razón puramente económica que radica, como han indicado algunos autores, en el pragmatismo estadounidense imperante en la construcción doctrinal de la figura del *fresh start*: recuperar un ciudadano para la sociedad que, lejos de suponer un lastre para esta, vuelva a contribuir a la creación de riqueza<sup>14</sup>.

Se trata acertadamente en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de conceder el mismo trato que recibe una sociedad o un comerciante individual, al deudor persona natural que ha derivado hacia la insolvencia no dolosa de un modo imprevisto, sin condenarle a la exclusión social.

Un régimen adecuado de insolvencia de persona natural tiene un impacto económico importante y de ahí, que desde instancias internacionales y de la Unión Europea se haya recomendado a España un cambio legislativo en este terreno, en el que presentábamos un retraso normativo intolerable que nos alejaba de los países más desarrollados. Aunque tarde, el Gobierno ha decidido abordar este problema y hay que aplaudir la decisión<sup>15</sup>.

En definitiva se trata de devolver a nuestro derecho, a la norma legal su valor esencial de tratar de vertebrar los distintos intereses sociales de un modo justo, equitativo y proporcionado<sup>16</sup>.

El mecanismo de Segunda Oportunidad, hace que nuestro sistema sea también más solidario, pues rescata al ciudadano de las consecuencias que puede conducirle a la insolvencia. Pero para que estos efectos beneficiosos se produzcan, el mecanismo de Segunda Oportunidad debe ser cuidadosamente regulado, siendo exigente con el comportamiento del deudor que se puede beneficiar de él. No hay que olvidar que supone una excepción a un principio medular de nuestro derecho patrimonial como es el artículo 1911 del Código Civil, y debe evitarse a toda costa que puedan beneficiarse conductas oportunistas y alterarse la cultura de pago. Como contrapartida, tiene que ser generoso con las deudas que pueden ser exoneradas, ya que de lo contrario, los gastos que genera el proceso pueden no compensar los beneficios que del mismo se pueden obtener. Queremos recuperar a un deudor que por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) se ha colocado en una situación de insolvencia. Esta es la finalidad de la figura, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015<sup>17</sup>, modificado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

Debemos aclarar llegado este punto, que el régimen de segunda oportunidad no altera la cultura de pago de nuestra sociedad. Casi con total seguridad este punto ha sido el que más ha frenado al legislador español para poner en marcha el mecanismo de segunda oportunidad<sup>18</sup>. Si dirigimos nuestra mirada al derecho comparado, podremos comprobar como en los países del *Common*



*Law*, en especial Estados Unidos, que podemos decir que fue el pionero y otros como Alemania, Francia o Suecia, se ha restringido el principio patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de persona física, con el objeto de recuperar al deudor insolvente, y el sistema no ha sufrido ningún tipo de merma o pérdida la cultura de pago<sup>19</sup>.

1. LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE LA CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL

Como hemos indicado anteriormente, Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica y le da una nueva redacción al artículo 178 LC, e incorpora el artículo 178 bis, a continuación veremos los avances introducidos por estos preceptos.

En primer lugar, los destinatarios de la reforma son las personas físicas y no solo los empresarios. La solicitud de exoneración solo la puede presentar el deudor persona natural en caso de que el concurso concluya por liquidación, por lo tanto, el deudor debe haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores. Solo se admitirá la solicitud de exoneración a los deudores de buena fe<sup>20</sup>, esta definición es bastante amplia y habría sido deseable que el legislador la acotara más, en especial respecto a las situaciones que han llevado al deudor a esa situación de insolvencia.

También se reforma el procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, al que se permite el acceso a toda persona física, empresaria o no. El cambio es razonable puesto que carecía de justificación que tal proceso por el que se permite negociar fuera del concurso estuviera vetado al consumidor. Se evita así el temido colapso judicial. Se diseñan especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de forma que los notarios puedan conducir las negociaciones<sup>21</sup>.

No obstante, según CUENA CASAS<sup>22</sup>, se mantienen requisitos de acceso al procedimiento extrajudicial que, a su juicio, carecen de justificación: por ejemplo, pasivo no superior a 5 millones de euros y que el deudor no hubiera alcanzado otro acuerdo extrajudicial en los 5 años anteriores. Cree que una negociación extrajudicial debe facilitarse. Ahorra tiempo y recursos. Este aspecto es relevante porque para llegar a la aplicación de la «segunda oportunidad» es preciso intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. Cerrada la puerta a este, lo estará también para la exoneración de deudas.

Aunque la Ley 25/2015, de 28 de julio, ha recibido muchas críticas, también es cierto que gran parte de la doctrina reconoce los avances que ha supuesto en materia de los deudores en nuestro país, sobre todo a lo que a personas físicas se refiere, no obstante no debemos de olvidar que en determinados aspectos la ley es bastante restrictiva y difícil de aplicar.

## 2. ¿EL *FRESH START* O LA DACIÓN EN PAGO?

Hasta el momento hemos visto los recientes avances legislativos tanto en la dación en pago como en el mecanismo de segunda oportunidad, intentando solucionar la dramática situación de las personas y familias que no pueden hacer frente a sus deudas y que incluso podrían llegar a perder su vivienda habitual. Estas dos figuras jurídicas han intentado dar respuesta a situaciones desesperadas de la sociedad actual española.

Personalmente creo que el mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, ofrece mejores y más completas soluciones a las situaciones concretas de los deudores, que la dación en pago. Esto es debido básicamente a tres puntos que pasará a exponer a continuación.

Primero, como hemos visto, la dación en pago consiste en un acuerdo entre las partes por el cual, el deudor puede saldar una deuda hipotecaria con la entidad bancaria mediante la entrega de la vivienda hipotecada, prestación distinta a la pactada inicialmente. Además, según la regulación actual, la dación en pago obligatoria se impone solo para el caso de que las anteriores medidas establecidas en el «Código de Buenas Prácticas» sean inviables y, siempre y cuando la finca no se encuentre gravada con otras cargas posteriores. Por lo que vemos que claramente solo se podrá utilizar esta figura cuando estemos hablando de deudores hipotecarios de primera vivienda insolventes, mientras que en el *fresh start*, el deudor puede poner a disposición todos sus bienes embargables para liquidarlos y satisfacer los créditos de todos sus acreedores.

Segundo, el ámbito de aplicación del *fresh start* es mucho más amplio y solo beneficia a aquellos deudores de buena fe, que es aquel que, previo examen de sus circunstancias, tiene una incapacidad de pago no imputable. No se aplicaría en caso de concurso culpable, condena penal por delitos contra el patrimonio o cuando tal insolvencia sea el resultado de circunstancias previsibles o evitables, todo ello valorado por la administración concursal y el juez<sup>23</sup>, mientras que en la dación en pago obligatoria el deudor podría haber incurrido en comportamientos irresponsables o fraude.

Tercero, y no menos importante, el *fresh start*, tiene la ventaja de que al contrario de la dación en pago, no consiste en alterar la legislación sobre garantías hipotecarias y poner el sistema financiero en riesgo, sino que a través de este sistema, el deudor se dirige a una autoridad pública que procede a nombrar un mediador concursal. De esta manera recuperamos al sujeto como consumidor potencial y se evita su exclusión social, medida que tiene un impacto económico<sup>24</sup>, y además evitamos que el deudor lleve a cabo actividades de economía sumergida.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La prolongada crisis económica que ha sufrido y sigue sufriendo España, ha tenido unas consecuencias devastadoras para una gran cantidad de familias en nuestro país, prueba de ello han sido los numerosos desahucios que se han producido y la sensación de asfixia económica de gran parte de la población española.

II. Como consecuencia, el legislador, aunque tardíamente, ha tratado de aliviar esta situación mediante la dación en pago regulada en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en donde podemos observar que su ámbito de aplicación es muy reducido, por lo que pocas familias se podrán beneficiar del mismo. Y con la declaración concursal de persona física y liquidación de patrimonio a través del mecanismo de segunda oportunidad, regulado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, se mejora la situación del deudor de buena fe, que le da una nueva oportunidad de poder empezar de nuevo, mejorando de esta manera la situación de sobreendeudamiento de muchas familias. Si bien las carencias de ambas medidas son bastantes evidentes, se ha dado un paso importante en nuestra legislación, aunque todavía queda un gran camino que recorrer para acercarnos a sistemas más eficaces y con mejores resultados como el americano.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012). De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas. *El Notario del Siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 42, Madrid.
- CORDERO LOBATO, E. (2012). Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012. *Diario La Ley*, núm. 7953, Madrid, 2012.
- CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 60, marzo de 2015, Madrid, Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>.
- (2015b). ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? ¿Hay derecho?, 3 de marzo de 2015, disponible en: <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>
- (2011). *Fresh Start* y mercado crediticio. *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/842\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf)
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2014). *Hipoteca, su ejecución y dación en pago*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- GARRIGUES (2012). Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Novedades Mercantil-Procesal*, núm. 11, Madrid, 2012, p. 10, disponible en: [http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades\\_Mercantil-Procesal\\_2012.pdf](http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades_Mercantil-Procesal_2012.pdf)

- GUTIÉRREZ IBÁÑEZ, D. (2011). *Fresh Start*, ¿una segunda oportunidad? *Día-río 5 días*. Disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658\\_393964.html](http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html)
- LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2015). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el *fresh start*» o mecanismo de segunda oportunidad, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2010). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Obligaciones y contratos*, vol. 1.º, Edersa, Madrid.

## NOTAS

<sup>1</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2010). *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Obligaciones y contratos*, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2010, p. 29.

<sup>2</sup> También el TS en su sentencia de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2009, 7263) la define como: «esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa».

<sup>3</sup> La norma establece una serie de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando aplicables dichas medidas a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el «umbral de exclusión», disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicio-Reclamaciones/12/Medidas.pdf>, consultado el 21 de enero de 2016.

<sup>4</sup> Dicha medidas previas serán:

a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Junto a la solicitud de reestructuración, acompañarán la documentación prevista en el artículo 3.3 del citado Real Decreto-ley.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.

i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor +0,25 por cien durante el plazo de carencia.

iv. En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

No conllevará costes por compensación la amortización anticipada del crédito o préstamo hipotecario solicitada durante los diez años posteriores a la aprobación del plan de reestructuración.

c) En el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, del carácter inviable del plan conforme al criterio previsto en el apartado siguiente o que, de resultar dicho plan inviable, se podrán solicitar las medidas complementarias previstas en el siguiente apartado.

<sup>5</sup> Las medidas complementarias serán:

a) Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable dada su situación económico financiera, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización en los términos previstos en este apartado, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.

b) Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita:

i. Reducción en un 25 por cien.

ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

c) Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Asimismo podrá serlo por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión al que se refiere el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

<sup>6</sup> a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

b) La dación en pago 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.

c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión.

e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

<sup>7</sup> La ley 25/2015, de 28 de julio, en su artículo 3 ofrece la definición de las que personas se encuentra en el «umbral de exclusión social».

<sup>8</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012). De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. El Real Decreto-ley 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas. *El Notario del Siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm 42, p.42.

<sup>9</sup> El Real Decreto-ley prevé que la adhesión de las entidades acreedoras se realice por un plazo de dos años, prorrogable automáticamente por periodos anuales, salvo denuncia expresa de la entidad adherida.

<sup>10</sup> GARRIGUES, (2012). Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. *Novedades Mercantil-Procesal*, núm. 11, Madrid, p. 10, disponible en: [http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades\\_Mercantil\\_Procesal\\_2012.pdf](http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Boletines/Documents/Novedades_Mercantil_Procesal_2012.pdf) consultado el 23 de febrero de 2016.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Cfr. CORDERO LOBATO, E. (2012). Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012. *Diario La ley*, núm. 7953, p. 1.

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ IBÁÑEZ, D. (2015). *Fresh Start*, ¿una segunda oportunidad? *Diario 5 días*, el 1 de enero de 2014, disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658\\_393964.html](http://cincodias.com/cincodias/2014/01/01/empresas/1388598658_393964.html), consultado el 8 de marzo de 2016.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 60, marzo de 2015, Madrid. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad> consultado el 6 de febrero de 2016.

<sup>16</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2016). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el fresh start» o mecanismo de segunda oportunidad. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.

<sup>17</sup> CUENA CASAS, M. (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *op. cit.*

<sup>18</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2016). Una eficaz alternativa a la dación en pago: «el fresh start» o mecanismo de segunda oportunidad, *op. cit.*

<sup>19</sup> Cfr. CUENA CASAS, M. (2011). Fresh Start y mercado crediticio. *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/842\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf), p. 5. Consultado el 14 de enero de 2016.

<sup>20</sup> Se entenderá que el deudor es de buena fe, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecido en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pago.

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º Que, alternativamente al número anterior:

i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.

ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.

iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.

iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

<sup>21</sup> CUENA CASAS, M. (2015). ¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente? *¿Hay derecho?*, 3 de marzo de 2015, disponible en: <http://hayderecho.com/2015/03/03/una-segunda-oportunidad-para-la-persona-fisica-insolvente/>

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> CUENA CASAS, M. (2015). El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad. *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 60. Colegio Notarial de Madrid.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

*(Trabajo recibido el 27-4-2016 y aceptado  
para su publicación el 22-7-2016)*