

# Monográfico sobre la dación en pago de los préstamos hipotecarios

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Consejero Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

La crisis financiera ha provocado mayor morosidad en el cumplimiento de las deudas y ha incrementado el desahucio de muchas personas de sus viviendas. Tratándose de ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, el problema no se soluciona con la entrega forzosa de la vivienda al acreedor, ya que nuestra legislación se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda en el momento de la ejecución no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC). Sin embargo, algunas sentencias aisladas generaron un debate sobre la justicia de esta doble acción personal y real de la que dispone el acreedor, entendiendo que su aplicación estricta puede suponer un abuso de derecho, pues las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien, que les debería vincular aunque después se hubiera desvalorizado. Frente a ello la mayoría de la jurisprudencia mayor se inclina por entender que no estamos ante un ejercicio abusivo del derecho, pues se trata de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico y que no existe enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera.

Este número monográfico de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* recoge las principales contribuciones que se hicieron en el curso de verano sobre «La dación en pago dentro de los préstamos hipotecarios», desarrollado del 16 al 20 de julio de 2012 en Aranjuez, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos, que contó con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, y que tuve el honor de dirigir, así como otros trabajos doctrinales de gran valor

sobre la materia. La secretaría de dicho curso corrió a cargo de Rosario MARTÍN BRICEÑO, profesora de Derecho Civil de la citada Universidad.

Inauguró el curso Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, director general de los Registros y del Notariado, quien propuso una nueva regulación en que se dé cumplimiento a lo previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que encomendaba al gobierno el estudio de «otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias». A tal efecto, propuso una solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza.

Benito ARRUÑADA, catedrático de Organización de empresas de la Universidad Pompeu Fabra, demostró que el sistema de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada, existente en muy pocos países —once Estados de USA— incentiva la morosidad y genera un efecto indeseado de bajada generalizada en los valores de los inmuebles. En todo caso advirtió del peligro de toda medida retroactiva y de la conveniencia de que las modificaciones legales en esta materia se afronten desde el prisma de las necesidades productivas, y no como una cuestión de política social o distributiva, que nada tienen que ver.

Fernando MÉNDEZ, registrador y exdecano del Colegio de Registradores, hizo también una exposición contra el sistema de imposición obligatoria de la dación en pago, y defendió que la mejor solución en Economía es la que beneficia al mayor número, sin que la dación en pago obligatoria lo sea. Propugnó que subsistiera como una posibilidad convencional más al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria y que se fomentaran medidas alternativas, como la anticresis que permite al acreedor administrar la finca y percibir sus frutos aplicándolos al pago de la deuda. Recordó la aportación de los registradores al rechazo de cláusulas abusivas en la financiación hipotecaria, frente a la interpretación inicial de mera transcripción de cláusulas que propugnó en un cierto momento ya superada la Dirección General en la aplicación de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por Ley 41/2007.

El segundo día —martes, 17 de julio— el tema se abordó desde la perspectiva civil sustantiva por tres profesoras de Derecho Civil, colaboradoras de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: María GOÑI, Teresa JIMÉNEZ y Rosario MARTÍN, esta última secretaria del curso. La primera hizo una exposición de nuestro sistema hipotecario, basada en la accesoriedad de la hipoteca como garantía del crédito, lo que significaba que el pago de la hipoteca no conlleva necesariamente la cancelación de la deuda. Y defendió el sistema de doble acción real y personal en favor del acreedor hipotecario, sin que ello suponga un abuso de derecho. Teresa JIMÉNEZ defendió, no obstante, que la posibilidad de acudir al embargo de otros bienes del deudor, una vez ejecutada la garantía, se limitara al exceso respecto de la valoración inicial del bien aceptada por

la entidad financiera. Entiende que los bancos deberían aceptar la dación en pago según la tasación inicialmente efectuada de la vivienda, que bastaba para garantizar el importe prestado, pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de la vivienda. Charo MARTÍN, secretaria del curso, distinguió la figura de la dación convencional entre deudor y acreedor, de la adjudicación obligatoria en pago, pues en este debate se confunden ambos conceptos, de manera que el rechazo de la dación obligatoria no significa que no se pueda propiciar la dación convencional, cuya naturaleza como acto debido defendió. Por la tarde intervino Beatriz CORREDOR, registradora de la Propiedad y exministra de Vivienda, quien también se manifestó en contra de la adjudicación en pago de la vivienda hipotecada como causa de extinción de la obligación garantizada. Expuso las medidas que se adoptaron durante su ministerio, en orden a la promoción pública de viviendas e impulso del mercado de alquiler y rehabilitación. Pero sin llegar nunca a plantearse la dación en pago obligatoria por entender perjudicial para el sistema hipotecario en su conjunto.

El miércoles 18 de julio se analizó la dación en pago de préstamos hipotecarios desde la perspectiva registral por dos registradores de la Propiedad, Juan María DÍAZ FRAILE y Ángel VALERO. El primero expuso las medidas que se han ido adoptando legislativamente para proteger al deudor frente al lanzamiento, como es la elevación del mínimo inembargable al que no se puede extender el artículo 579 de la LEC y defendió medidas alternativas a la dación en pago obligatoria, como es la dación voluntaria con reserva de arrendamiento con opción de compra en favor del deudor. Ángel VALERO analizó el Real Decreto-ley 6/2012, que introdujo medidas de reestructuración (novación, quita y en último extremo dación en pago) en favor de determinadas personas incluidas en el umbral de exclusión, y aunque consideró positiva la medida, entendió que era muy restrictiva. A su juicio debería ampliarse el marco de aplicación y extenderse a personas desfavorecidas aunque tuvieran alguna renta, siempre que esta fuera insuficiente para atender el pago, lo que luego hizo el Real Decreto-ley 27/2012.

El jueves 19 de julio intervinieron los representantes de las entidades financieras, en concreto Rafael SANZ, director de Servicios Jurídicos del BBVA, que entendió que la morosidad en viviendas dentro de la financiación hipotecaria no era excesiva (en torno al 3 por 100) y que la dación en pago obligatoria no haría sino incrementar esa morosidad. Igual criterio sostuvieron Luis TEJEIRO, director de estudios de la CECA, y Santos GONZÁLEZ, presidente de la Asociación Hipotecaria Española, quienes entendieron que cualquier cambio de nuestro marco jurídico perjudicaría nuestras titulizaciones y sería perjudicial para el consumidor, pues se incrementaría el tipo de interés en los préstamos hipotecarios y el *loan to value* exigible al consumidor. Además entienden que tenemos un marco jurídico muy bien diseñado, que ha permitido el acceso a la propiedad de forma masiva, a diferencia de otros países, y que no debemos modificar innecesariamente.

Finalmente, el viernes 20 de julio, intervino el representante de los consumidores, Manuel PARDOS, presidente de ADICAE, quien propuso el incremento de la oferta pública de viviendas en alquiler y propugnó soluciones concursales también para las personas físicas.

Finalmente el que firma esta presentación, como director del curso, hizo una evolución de la garantía hipotecaria, criticó que se la haya ido mermando en cuanto a su ejecución separada y por la aparición de créditos privilegiados que actúan como hipotecas tácitas, y recordó la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Analizó la reciente jurisprudencia del TJ de la Unión Europea en materia de calificación *ad limine litis* de cláusulas abusivas. Como conclusión del curso entendió que no podía admitirse una adjudicación en pago obligatoria que sería perjudicial para el sistema —aunque observó que existe en materia mobiliaria en el art. 1872 CC—, pero que había que propugnar medidas de favorecimiento de la dación en pago voluntaria, no solo como producto financiero alternativo, sino en el momento del impago, a través de medidas fiscales y sustantivas.

Clausuraron el curso Luis FERNÁNDEZ DEL POZO como director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores, en representación del decano, y el rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, quien destacó la calidad del curso, la gran cantidad de alumnos asistentes y el vivo debate que se había suscitado a lo largo de las intervenciones.

En conclusión, a mi juicio, creo que macroeconómicamente está demostrado que la dación en pago obligatoria conlleva un desincentivo al pago de la deuda, produce efecto llamada a la desvalorización, y fomenta el abandono del inmueble, por lo que en un entorno de dación en pago, se produciría un incremento de los tipos de interés como fórmula de compensación de esos mayores riesgos. Pero no es algo insólito en nuestro Derecho, como hemos visto en materia mobiliaria. Tampoco lo es en materia inmobiliaria, donde la regulación de la hipoteca inversa en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, articula un régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara limitación del principio general del artículo 1911 del Código Civil.

Por eso creo que en cualquier caso la regulación de la dación en pago debe ajustarse a las siguientes líneas, diferenciando el régimen jurídico de la dación en pago voluntaria, de naturaleza contractual, con la adjudicación en pago obligatoria, que participa más de los actos debidos:

1. La regulación de la dación en pago convencional o voluntaria no plantea problemas, sin perjuicio de los propios que derivan de la inexistencia de un procedimiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca cancelada. Nada impide que pueda pactarse, bien en el momento del vencimiento de la obligación, bien anticipadamente a través del pacto

de limitación de responsabilidad hipotecaria a la propia finca hipotecada (art. 140 LH). La posibilidad de pactar esta modalidad de hipoteca debería incluirse obligatoriamente en la información precontractual que deben facilitar las entidades financieras, regulada en la actualidad por Orden del Ministerio de Economía de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de clientes de servicios bancarios —que ha sustituido a la de 5 de mayo de 1994—. No obstante, para favorecerla deberían arbitrarse medidas fiscales, como es la no sujeción fiscal de la segunda transmisión —la que realiza el adjudicatario en favor de un tercero— en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en forma análoga a lo dispuesto para las subastas a calidad de ceder en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. En cuanto a las cargas posteriores, se puede evitar que se antepongan a la hipoteca, pactando una retroventa en favor del deudor cedente en pago durante un plazo determinado, que evite la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos —que es lo que determina la anteposición de las cargas—. Otra medida es fomentando también el alquiler en favor de ese deudor cedente en pago, reconociendo preferencia para el acceso a ayudas públicas a inquilinos, en términos similares a las previstas para las personas que hubieran sido objeto de lanzamiento de su vivienda habitual en virtud de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

2. Por el contrario, la dación en pago como forma obligatoria de extinción de la obligación garantizada, no puede generalizarse ni imponerse como regla general. No tanto porque suponga una quiebra de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque no es la solución más adecuada desde un punto de vista macroeconómico, pues debilita nuestro mercado hipotecario, ni tampoco es lo que más favorece al consumidor, ya que fomenta la elevación de los tipos de interés y el *loan to value* —proporción del valor del inmueble en relación al préstamo— exigible por las entidades financieras. Caso de admitirse excepcionalmente la dación en pago obligatoria debe limitarse a deudores dentro del umbral denominado de «exclusión» y para supuestos de viviendas habitual, como hace el Real Decreto de 9 de marzo de 2012, que aprueba el Código de Buenas Prácticas en esta cuestión y el reciente Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. También cabría aceptarlo como excepcional en el concurso de persona física no culpable, como excepción a la regla general que permite la reapertura del concurso, conforme al artículo 179 de la Ley concursal.

En todo caso, la solución del problema de los desahucios no debe pasar por restringir y debilitar el mercado hipotecario que ha servido para que millones de personas —españoles y extranjeros— adquieran una vivienda en España. No se puede poner en entredicho el principio de cumplimiento de las obligaciones. Pero sí deben revisarse numerosos aspectos que rodean el procedimiento de ejecución y de las valoraciones, en particular de las adjudicaciones a favor de las entidades financieras por porcentajes ridículos del valor de tasación —sin excluir en tales casos la acción personal— y pese a que la entidad financiera lo aceptara, pues en tales casos estamos cercanos a un enriquecimiento injusto impropio de sistemas protectores del deudor, como es el nuestro. Y no debe olvidarse que las entidades financieras tienen departamentos de evaluación del riesgo de los que no dispone el consumidor.

Espero que estos trabajos que ahora se incorporan a un número especial de la *Revista Crítica* contribuyan a buscar soluciones a un problema social acuciante, sin merma del sistema hipotecario vigente que ha contribuido tanto al desarrollo económico.