

La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DACIÓN EN PAGO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
- III. LA DACIÓN EN PAGO NO ES UNA ADJUDICACIÓN EN PAGO.
- IV. LA DACIÓN EN PAGO Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- V. LA DACIÓN EN PAGO COMO MODO ESPECIAL DE PAGO.
- VI. NATURALEZA REAL DE LA DACIÓN EN PAGO.
- VII. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO.
- VIII. LA DACIÓN EN PAGO Y EL PACTO COMISORIO.
- IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LA DACIÓN EN PAGO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS.
- X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda el estudio de la dación en pago en el contexto de los préstamos hipotecarios, no debemos olvidar que estamos ante la presencia de diversas figuras jurídicas: desde el préstamo, como relación obligatoria, hasta

la dación en pago, como medio que sustituye el cumplimiento estricto de la obligación, pasando por la hipoteca, como derecho real que garantiza el pago. Son figuras, por supuesto, susceptibles de ser estudiadas de modo separado, aunque hoy en día *de facto* se encuentren íntimamente relacionadas entre sí. Y, por ello, en las próximas líneas me voy a dedicar a analizar una de ellas de un modo más detallado; en concreto la dación en pago. Razón: estamos ante un instrumento que ha reaparecido en la escena jurídica. Se ha tratado de recuperar como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras acreedoras. Su fin es paliar los graves efectos sociales derivados del incremento de los procesos de ejecución llevados a cabo ante el impago de los préstamos hipotecarios¹.

Hablamos de unas ejecuciones hipotecarias, cuyos resultados económicos son además producto de la crisis inmobiliaria que asola nuestro país; una crisis que cabe definir como una sub-crisis dentro del marco general que nos da la crisis económica y la recesión en la que, desgraciadamente, se encuentra sumida España². Desde esta perspectiva cabe afirmar que la dación en pago no solo merece un análisis jurídico. Requiere además un estudio que valore su repercusión económica, aspecto que desde mi punto de vista no debemos obviar. Para ello resulta conveniente describir la realidad en la que nos encontramos inmersos, con el fin de determinar si se puede recurrir, o no, a la dación en pago como solución idónea a aplicar con respecto a la problemática derivada del creciente número de impagos de préstamos hipotecarios.

II. LA DACIÓN EN PAGO Y LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Las crisis económicas responden al agotamiento de un ciclo económico. Por ello no son novedosas; como tampoco lo son las crisis que afectan a un sector tan concreto como es el inmobiliario. Otros países también las han sufrido (por ejemplo, Japón, México, Suecia, Finlandia, Argentina, Estados Unidos o Alemania), y han provocado una reducción de los precios de las viviendas. En España, durante la llamada crisis de los años noventa del siglo pasado, también se produjo un descenso de un 20 por 100 del valor económico de los inmuebles. Es a partir de 1997 (y hasta 2008) cuando el precio de estos bienes aumenta con

¹ La crisis económica es una de las principales causas determinantes del aumento de la morosidad y de las ejecuciones hipotecarias. No hay que olvidar que el incremento de la morosidad se sitúa en torno a un 8,3 por 100 a finales de mayo de 2012, según datos del Banco de España; aunque del análisis de estos datos cabe destacar que la morosidad en el ámbito de los créditos hipotecarios residenciales es del 3,07 por 100, y que la morosidad se sitúa en torno al 22 por 100 cuando el deudor es un promotor inmobiliario.

² Una recesión que en términos económicos esperemos que no tenga forma de L y sí de U para evitar la agonía que ello supondría para familias y empresas.

tasas interanuales de aproximadamente un 20 por 100³. En tiempos más recientes, el paulatino incremento de los tipos de interés, el aumento del desempleo y las dificultades de liquidez del sistema financiero, han actuado como posibles causas del deterioro del mercado inmobiliario⁴. Ello nos empuja a analizar las razones que nos han llevado a la situación que sufrimos actualmente.

Primero cabe afirmar que las entidades financieras acreedoras han realizado una gestión inadecuada del riesgo a asumir en el momento de la concesión de un préstamo hipotecario. Se ha dilatado el control del riesgo porque se pensó que la *ratio* de financiación sobre el valor del bien (*loan to value*) era la oportuna. Era un momento en el que los activos hipotecados se apreciaban de una manera constante. Siendo esto así, la ejecución del bien hipotecado cumplía la función que pretendía la entidad acreedora: que el bien, sobre el que recaía la garantía, sirviera para recuperarse de cualquier pérdida económica derivada de un impago por parte del deudor. Este hecho hizo, a su vez, que las entidades bancarias y Cajas de Ahorro se expusieran de modo excesivo al riesgo que supone dedicar una gran parte de sus recursos a actividades inmobiliarias, y no a otras actividades diversas como pueden ser las industriales⁵. Quizá, de haber optado por diversificar el riesgo, no habrían sufrido los efectos derivados del estallido de la burbuja inmobiliaria de un modo tan severo, dentro, claro está, de un contexto de crisis económica mundial⁶.

Asimismo no debemos olvidar, desde una perspectiva financiera, la función del Mercado Hipotecario⁷. Los préstamos hipotecarios no se mantienen inmovilizados en los balances de las entidades acreedoras, sino que circulan en el citado Mercado. Las cédulas, los bonos y las participaciones hipotecarias son títulos hipotecarios que se convierten en su objeto⁸. Estos activos financieros,

³ Ya en 2006 baja a un 10 por 100 (cifras del Ministerio de la Vivienda), y ello coincide con el inicio de la fase bajista del ciclo económico.

⁴ En 1997, el saldo vivo del conjunto del crédito inmobiliario de Bancos y Cajas era de un 40 por 100 del crédito del sector privado de la economía y representaba el 28,5 por 100 del PIB. Cuando pincha la burbuja inmobiliaria, hacia el año 2007, el crédito privado que participaba era del 60,5 por 100 y ello representaba un 102,5 por 100 del PIB.

⁵ Resulta más evidente esta situación en cuanto a las Cajas de Ahorro, cuyo negocio bancario ha estado excesivamente escorado hacia el ladrillo. De ahí que algunos economistas afirmen que la crisis bancaria española no tiene su origen en unos productos derivados o en unos paquetes de crédito basura titulizados, sino solo en un volumen excesivo de créditos al promotor. Esto es lo que ha llevado a que las Cajas prácticamente hayan desaparecido.

⁶ Quizá hay que examinar también la labor realizada por parte del Banco de España, organismo encargado de analizar los balances de las entidades, de la Comisión Nacional del Mercado y de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

⁷ Sobre el análisis del Mercado Hipotecario, vid. GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *La reforma del mercado hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 31 y sigs.

⁸ Vid., sobre el tema, CHICO ORTIZ, J., «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado. La movilización de los créditos hipotecarios», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al*

que representan los títulos valores en los que se han convertido los préstamos hipotecarios, circulan y tienen como garantía los propios préstamos hipotecarios. Actúan como una de las fuentes principales de refinanciación y obtención de liquidez de las entidades bancarias y antiguas Cajas de Ahorro. Esto es, la movilización de los créditos hipotecarios proporciona a las entidades financieras un flujo de recursos desde los mercados de capitales. Se permite que pequeños inversionistas accedan al Mercado Hipotecario, aunque dispensándoles de cualquier gestión jurídica, económica o administrativa que no sea la propia adquisición de estos activos financieros.

La titulización y emisión de bonos y cédulas en el mercado secundario ha sido la vía utilizada por las Entidades de Crédito para atraer unos fondos que han dedicado, en muchas ocasiones, a la concesión de nuevos préstamos hipotecarios⁹. Pero los excesos del sistema han repercutido finalmente sobre el Mercado Hipotecario; un mercado que poco a poco se ha ido ralentizando. No fluye la conversión de los préstamos hipotecarios en títulos de deuda para venderlos en el mercado secundario. Y así, a partir de 2008, comienza a paralizarse el Mercado Hipotecario por falta de confianza. Las operaciones se reducen en torno a un 40 por 100. Ya no existen ingentes cantidades de dinero destinadas a la inversión en estos activos financieros. Como consecuencia de esta situación, las entidades bancarias comienzan a sufrir los problemas de la falta de liquidez. Ello, entre otros motivos, revela la necesidad de una reestructuración en el sector bancario, reestructuración en la que todavía se encuentra inmerso.

En cuanto a los préstamos hipotecarios, señalar que la combinación de esta figura jurídica —que ofrece como garantía un bien inmueble— con los bajos tipos de interés, ha facilitado la compra de la vivienda habitual por parte de las familias¹⁰. Pero también es cierto que se ha recurrido al interés variable,

V Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, pág. 109 y sigs.; MADRID PARRA, A., «El mercado hipotecario y títulos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987, núm. 27, pág. 565 y sigs.; ORTÍ VALLEJO, A., *Garantía de los títulos del mercado hipotecario*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 35 y sigs.; y GARNICA GARNICA, M.^a C., «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del mercado hipotecario español», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1997, núm. 24 (diciembre), pág. 257 y sigs.

⁹ DÍAZ FRAILE («Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria. Revisión del mercado secundario», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, 30 de marzo y 1 de abril de 2009, pág. 633 y sigs.) señala cómo la internacionalización de la economía ha hecho que la crisis financiera se extienda por todos los países. Su epicentro quizá haya estado en Estados Unidos, con las hipotecas *subprime*, y es posible también que el contagio se haya producido a través de los productos de titulización de su mercado secundario.

¹⁰ El Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*), índice de referencia que se utiliza en los préstamos hipotecarios, ha llegado hasta el 5,219 por 100 en el año 2000, momento a partir del cual comienza a descender. En el año 2006, aproximadamente, comienza a incrementarse hasta alcanzar el 5,38 por 100. Su descenso más acusado comienza a mostrarse en el año 2009, cuya última referencia (de junio de 2012) es de 1,21 por 100.

y no al interés fijo en tales préstamos, sin ser conscientes de la repercusión que su posible subida tendría sobre la cuantía a pagar por el deudor. Por otro lado, el Estado ha incentivado la adquisición de la vivienda habitual mediante sus políticas de desgravación fiscal, medidas que ahora se ponen en jaque pero por otros motivos bien distintos: el endeudamiento del Estado. Con base en lo expuesto, los inmuebles se fueron convirtiendo en un valor refugio; un activo en el que invertir porque siempre se revaluaba, sin ser conscientes de su posible devaluación; una consecuencia derivada sobre todo de la existencia de una burbuja inmobiliaria.

En un marco de grave recesión económica los activos inmobiliarios se han depreciado y ello ha afectado a la evolución de los préstamos hipotecarios. Si hasta 2004 no había muchas ejecuciones hipotecarias, actualmente su número se ha disparado. En muchos casos, esta ejecución desemboca en una subasta desierta, razón por la que muchas entidades acreedoras se han adjudicado el bien por un 60 por 100 de su valor de tasación, situación que en muchos casos no ha extinguido el préstamo hipotecario en su totalidad.

Pero, ¿por qué me refiero a todos estos datos económicos cuando hablo de la dación en pago? Fundamentalmente porque la subida de los índices de referencia del mercado hipotecario repercutió negativamente sobre los deudores con préstamos hipotecarios a tipo de interés variable; que eran la mayoría. Y, aunque actualmente los tipos de interés han disminuido, la elevada tasa de desempleo se nos muestra también como una de las principales causas del incremento de los impagos. Ante este panorama, la *datio in solutum* se ha planteado como instrumento jurídico al que recurrir para paliar los efectos derivados de un proceso de ejecución hipotecaria; proceso que, por sí solo, no extingue la totalidad de la deuda pendiente.

Un sector de la sociedad reclama la dación en pago como una sustitución del pago estricto de la obligación, una sustitución que provocaría la total extinción del préstamo hipotecario. Apunta razones económicas al defender la dación en pago frente a la ejecución hipotecaria: aquella se presenta como una solución más barata que esta. Asimismo, se sostiene que no solo conlleva un ahorro con respecto a los gastos procesales, sino que además permite sortear la aplicación del artículo 1911 del Código Civil si actúa como medio para extinguir en su totalidad los préstamos hipotecarios pendientes con las entidades acreedoras. Esta postura tiene presente que resulta imposible la venta del inmueble en un mercado paralizado, o que, si la venta se produce, el producto obtenido es muy inferior al importe del capital pendiente de pago. Por ello cobra relevancia la dación en pago como solución, hasta tal punto que se incorpora como una medida a tener en cuenta en el Real Decreto-ley 9/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. No obstante lo dicho, a fin de valorar la idoneidad o no de esta medida en el marco de los préstamos hipotecarios, hay que proceder a realizar su análisis jurídico.

III. LA DACIÓN EN PAGO NO ES UNA ADJUDICACIÓN EN PAGO

Un examen riguroso de la dación en pago nos permite afirmar que la *datio in solutum* no se debe confundir con la adjudicación en pago, aunque en ambos casos se produzca una traslación del dominio del bien en favor del acreedor con el fin de extinguir una relación obligatoria¹¹. A veces se utiliza dación y adjudicación en pago como si de términos sinónimos se tratara, cuando resulta meridiano que describen realidades distintas. Precisemos, pues, los términos «dación en pago» y «adjudicación en pago».

El término adjudicación en pago se ha utilizado para calificar todos aquellos pagos realizados dentro de un proceso divisorio. No cabe hablar de dación en pago porque falta una obligación que cumplir, un requisito sustancial en la *datio in solutum*. Lo que existe en esta adjudicación en pago es un proceso de liquidación, donde se fijan unos haberes que hay que entregar. Si por cláusula contractual o última voluntad, se determinara que para el pago de cierta deuda hay que transmitir ciertos bienes, entonces hablaríamos de pago; pero nunca de dación en pago. Para que esta exista se requiere un intercambio previo de voluntades (entre deudor y acreedor) que permita sustituir esos bienes por otros distintos (arts. 399, 404, 406, 1061, 1062, 1065-1072, 1074, 1078, 1085, 1086 y 1708 CC).

Se emplea también el término adjudicación en pago cuando nos referimos a aquel acto judicial mediante el cual se considera extinguido un crédito, total o parcialmente, a través de la transmisión del dominio de un bien. Así cabría definir el acto al que se refiere el párrafo segundo de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra¹², en el marco del Capítulo II titulado «*Del cumplimiento y extinción de las obligaciones*», y que se expresa en los siguientes términos: «*Aunque la obligación sea divisible, el acreedor podrá rechazar una oferta de cumplimiento incompleto o de objeto distinto del debido. Sin embargo, ... el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*». En este caso el Derecho navarro, fiel a su tradición romanista, mantiene una figura que ha sido denominada como dación en pago necesaria. En

¹¹ Los términos empleados por la prensa inducen a esta confusión al analizar las consecuencias derivadas de una subasta desierta dentro de un proceso de ejecución hipotecaria (art. 671 LEC) en las SSAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 y de 16 de marzo de 2011; o de Girona, Sección 2.ª, 16 de septiembre de 2011, entre otras. Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *RCDI*, 2011, núm. 725, pág. 1678 y sigs.; y JIMÉNEZ PARÍS, M. T., «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *RCDI*, 2011, núm. 727, pág. 2928 y sigs.

¹² A partir de ahora F. N. Nav.

el Derecho romano se recurrió a ella en momentos de graves crisis económicas: cuando la falta de liquidez de los deudores impedía pagar las deudas¹³. Ante este hecho, se admitía la entrega de bienes inmuebles con el fin de extinguir la deuda. La Ley 493 F. N. Nav. responde a esta circunstancia; que el deudor no puede hacer frente a una deuda pecuniaria, cuya extinción puede venir impuesta por el juez mediante la entrega de una prestación distinta¹⁴.

La adjudicación en pago está presente además cuando la autoridad judicial interviene en un proceso de subasta de bienes inmuebles sin ningún postor; es decir, cuando estamos ante una subasta desierta. Según el artículo 671 LEC, «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación*». Por supuesto, si acreedor no hace uso de esta facultad, «*en el plazo de veinte días*», el Secretario judicial «*procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado*». Ahora bien, esta adjudicación en pago del inmueble al acreedor no conlleva siempre la extinción de la deuda en su totalidad. La aplicación del artículo 1911 del Código Civil vincula al deudor por la parte de la deuda no extinguida¹⁵.

A la luz de lo expuesto anteriormente, cabe afirmar que la dación en pago se distingue de la adjudicación en pago como acto judicial o extrajudicial por varios motivos, aunque comparta con ella misma finalidad, que no es otra que transmitir la propiedad de un bien del deudor al acreedor con el fin de extinguir una relación obligatoria. No debemos olvidar que la *datio in solutum* se justifica en la presencia de un crédito pendiente de cumplimiento, ya que no se puede extinguir lo que no existe. Si la deuda se hubiera extinguido, la *datio* no tendría causa y sería nula¹⁶. Por consiguiente, las deudas que se pretenden extinguir son las que actúan como causa que justifica la traslación de la propiedad de los bienes en concepto de dación en pago. Sin embargo, a diferencia de la adjudicación en pago, la dación en pago se basa en la concurrencia de las voluntades del deudor y del acreedor, y es esta la que permite sustituir la

¹³ Sobre el tema, vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «La dación en pago en el párrafo 2.º de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, enero-junio, 2012, núm. 28, pág. 25 y sigs.

¹⁴ En el ámbito del Código Civil no se reconoce la posibilidad de que el juez adjudique un bien del deudor al acreedor en pago de unas deudas pecuniarias. Tan solo cabría hablar de una revisión judicial de las condiciones del contrato en el caso de que fuera posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁵ Todo ello, por supuesto, sin olvidar que existe una cantidad inembargable, que con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, se modificó.

¹⁶ Ver sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M. R., «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, 2011, núm. 726, págs. 2043-2044.

prestación primitiva por otra distinta con fines solutorios. Por el contrario, la adjudicación en pago no tiene esta naturaleza convencional, entendida esta como la presencia necesaria de las voluntades tanto del acreedor como del deudor para que el acto sea eficaz. 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 alguno en la subasta o de aquellos otros procedimientos declarativos que correspondan a los efectos de aplicar lo dispuesto por el párrafo segundo de la Ley 493 F. N. Nav.

Del mismo modo, mientras que con la dación en pago se pretende impedir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil si aquella conlleva la extinción total de la deuda (y digo extinción total porque también es posible que la dación en pago provoque una extinción parcial de aquella), la adjudicación en pago prevista en el artículo 671 LEC por sí sola no tiene estos efectos¹⁷. Por ello el acreedor ejecutante puede continuar persiguiendo bienes del deudor hasta que se produzca la completa extinción de la deuda. En este sentido la dación en pago es considerada como una *datio pro soluto*, mientras que esta adjudicación en pago está más cerca de la *datio pro solvendo*, aunque el acreedor adquiera el dominio del bien y no la mera posesión del mismo en orden a su ejecución¹⁸.

IV. LA DACIÓN EN PAGO Y LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY HIPOTECARIA

Los efectos del pacto de responsabilidad hipotecaria limitada prevista en el artículo 140 LH no deben ser confundidos con la dación en pago. El precepto citado alude a un pacto que pretende limitar los efectos de la responsabilidad; que esta se pueda exigir solo sobre el bien hipotecado, lo que permite excluir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil¹⁹. Ahora bien, el pacto previsto en el artículo 140 LH no comparte la naturaleza jurídica de la dación en pago, aunque en ambos casos están presentes las voluntades del acreedor y del deudor. Veamos cuáles son sus diferencias.

Mientras la *datio pro soluto* transmite la propiedad del bien al acreedor con fines solutorios, el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria del artículo 140 LH no permite trasladar el dominio del bien hipotecado al acreedor. La

¹⁷ El artículo 671 LEC ofrece al acreedor la posibilidad de que el Tribunal le adjudique el bien hipotecado. Si este acepta, extenderá la correspondiente carta de pago de la parte de crédito que se extingue. Pero no es un acto obligado para el acreedor. Tiene carácter facultativo. Esto significa que la falta de ejercicio de la facultad que le atribuye el legislador conlleva el levantamiento del embargo en los términos previstos por el artículo 671, párrafo 2.º, LEC.

¹⁸ Cfr. artículo 1175 del Código Civil.

¹⁹ Cabría potenciar el pacto del artículo 140 LH con medidas fiscales en el impuesto de sociedades.

eficacia del derecho real de hipoteca se mantiene. Por ello, ante el impago de la deuda, se somete el bien hipotecado a su correspondiente ejecución con el fin de aplicar su resultado a la deuda pendiente de pago. La obligación se extinguirá con independencia del producto obtenido con la enajenación. El pacto de limitación de responsabilidad entre acreedor y deudor impide aplicar las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. En consecuencia, el acreedor deberá extender su correspondiente carta de pago con el fin de liberar al *solvens*.

Además de lo expuesto, hay que tener presente que la *datio in solutum* se valora solo en el momento de impago de una deuda. Es decir, se analiza su oportunidad cuando existe un incumplimiento previo de un crédito anterior, vencido y exigible. Sin embargo, el pacto del artículo 140 LH se establece con anterioridad; se acuerda antes del vencimiento de la obligación. Se pacta una limitación de responsabilidad para el caso de que se produzca un impago.

V. LA DACIÓN EN PAGO COMO MODO ESPECIAL DE PAGO

Nuestro Código Civil no regula la dación en pago. Ni siquiera reconoce esta figura jurídica como causa de extinción de las obligaciones en su artículo 1156, tal y como sí lo hace la Ley 495 del F. N. Nav., precepto que bajo el título «*La dación en pago*», se incluye en el Capítulo II dedicado al cumplimiento y extinción de las obligaciones²⁰. No obstante, el legislador no se ha olvidado por completo de la dación en pago en cuanto que la menciona en los artículos 1521, 1636 y 1849 del Código Civil²¹. Asimismo, cabe deducir su presencia de una interpretación *a contrario* del artículo 1166 del Código Civil, según el cual, «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente*,

²⁰ Sin embargo, la dación en pago es una figura que ya estaba presente en el Derecho romano a través del Digesto 44,4,4: «*In solutum accipere, in solutum, pro soluto dare*». Del mismo modo, aunque se exige como requisito de pago que exista una identidad entre la prestación que se entrega y la que se pretende extinguir, la Partida 5, Título XIV, Ley 3.^a, tenía presente la dación en pago. Es el Proyecto de García Goyena de 1851, bajo la influencia del Código Civil francés, el que se formula en los mismos términos que posteriormente se incluyen en el artículo 1166 del Código Civil. Sobre aspectos históricos relativos a la dación en pago, vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Consideraciones sobre la dación en pago», en *RCDI*, 1987, I, pág. 978 y sigs.

²¹ Algún autor (RODRÍGUEZ RAMOS, A. M., «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», en *AC*, núm. 8, 21-27 de febrero de 2000) plantea un supuesto de dación en pago en el artículo 99 del Código Civil. Del mismo modo se ha hablado de dación en pago en la llamada reinversión de dividendos en operaciones societarias (vid. PAZ-ARES, C., «La reinversión de dividendos», en *RD*, octubre-noviembre de 1992, págs. 10079-10109, y SÁNCHEZ ANDRÉS, M., «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», en *RGD*, mayo de 1993, págs. 4701-4760).

aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida»²². Esto es, el acreedor no puede ser obligado a recibir una prestación distinta de la acordada, en virtud de la aplicación del principio *aliud pro alio invito creditore solve non potest*. Pero el *accipiens* puede aceptarla con efectos solutorios. Por consiguiente, lo dispuesto por el artículo 1166 del Código Civil tendría una naturaleza dispositiva. Siendo esto así, nada obsta para que en virtud de la aplicación del principio de autonomía privada, se admita la *datio in solutum* con efectos extintivos de la relación obligatoria.

El párrafo primero del artículo 1197 del *Codice civile* italiano²³ y el §364 (1) del BGB²⁴ se pronuncian de modo expreso en el sentido expuesto anteriormente: solo es posible extinguir la deuda mediante la entrega de una prestación distinta de la primitivamente pactada, si el acreedor lo acepta. Por consiguiente, reviste especial interés la voluntad del acreedor como requisito *sine qua non*; sin ella la dación en pago no desprendería sus correspondientes efectos²⁵.

La presencia de las voluntades del deudor y del acreedor ha llevado a explicar la dación en pago como si de un contrato de compraventa se tratara, una postura que tiene su origen en el Derecho romano donde el acreedor actuaba como comprador, el deudor como vendedor, el importe de la deuda a extinguir con la *datio in solutum* como precio y el bien recibido por el *accipiens* como objeto del contrato de compraventa. Ahora bien, nuestra jurisprudencia más reciente no identifica la dación en pago con la compraventa²⁶; aunque recurra a los preceptos de este contrato para ser aplicados por analogía a causa de la falta de regulación de la *datio in solutum*. Considera que la dación en pago puede existir sin que sea necesario que conste un precio cierto, elemento ineludible en un contrato de compraventa²⁷. Por otra parte, el objeto de la dación en pago no siempre consiste en una prestación de dar, aunque sea la situación más común.

²² Cfr. artículo 1243 *Code* francés que señala lo siguiente: «*Le créancier ne peut contraindre de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique le valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*».

²³ Según el artículo 1197 del *Codice civile*: «*Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita*».

²⁴ Señala el §364 del BGB: «*(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt*». Traducción: «(1) «La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida».

²⁵ Vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R., *ob. cit.*, pág. 2045.

²⁶ SSTs de 5 de octubre de 2006, de 13 de julio de 2007, de 3 octubre de 2007 y de 1 de octubre de 2009.

²⁷ La STS de 1 de octubre de 2009 (F. J. 2.º) admite la dación en pago cuando se deben una serie de prestaciones que no están plenamente identificadas ni valoradas. El acuerdo entre deudor y acreedor para admitir una dación en pago, aunque no estén determinadas las prestaciones en los términos que exige el artículo 1445 del Código Civil.

No existe óbice alguno para que sea una prestación de hacer o de no hacer la que actúe como objeto de la *datio in solutum*.

La jurisprudencia se ha inclinado más bien por aquella otra postura que considera a la dación en pago como una forma especial de pago, entendido este en un sentido amplio del término y, por tanto, como un subrogado del cumplimiento²⁸. Es una posición que se tiene también en cuenta en el ámbito del *Codice civile* italiano donde la dación en pago es considerada como una modalidad de pago²⁹. Siendo esto así, no cabría atribuir una naturaleza contractual a la dación en pago, puesto que es una figura que actúa como una sustitución del pago en sentido estricto.

Que el acreedor admita el cumplimiento del deudor mediante la entrega de una prestación distinta de la previamente pactada, no implica que estemos ante una obligación facultativa. Razón: la obligación facultativa contiene una sola prestación, y la otra está únicamente *in facultate solutionis*. Se faculta al deudor a realizar otra prestación sin necesidad de nuevo convenio. Por tanto, desde el principio las partes conocen la existencia de esta facultad que podrá ser, o no, ejercitada. Sin embargo, la *datio in solutum* no se establece en el momento de constitución de la relación obligatoria. Cobra interés tan solo cuando el *solvens* incumple con lo acordado; surge como un medio de reparación ante un proceso de impago por parte del deudor.

¿Podríamos hablar de la dación en pago como una obligación alternativa? No. La obligación alternativa se define como la relación que permite al deudor (si recae sobre él esta facultad) elegir una prestación entre dos o varias de las pactadas. Lo característico de esta obligación se encuentra en que el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones previstas la extingue. La diferencia con la dación en pago radica en que todas las prestaciones de una obligación alternativa son debidas, cosa que no sucede con la *datio in solutum*. El proceso de concentración en la obligación alternativa constituye el cumplimiento puntual de la obligación, cualquiera que sea la elegida. Sin embargo, la dación en pago surge cuando *ab initio* solo se ha previsto una determinada prestación, aceptando *a posteriori* —el acreedor— la entrega de otra distinta. Se podría decir que en la obligación alternativa, lo que hay es una indeterminación de las partes sobre el específico objeto de la prestación. Esto no sucede en la dación en pago porque en este caso se encuentra determinado el objeto; no existe una indeterminación, sino la conveniencia o necesidad de sustituir el objeto previamente estipulado. Finalmente, como señala DÍEZ PICAZO, la facultad de elección de la obligación alternativa se configura como un derecho potestativo,

²⁸ Entre otras, SSTs de 5 de octubre de 1987; de 7 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, de 25 de mayo de 1999, de 30 de noviembre de 2000 de 27 de septiembre de 2002, de 21 de octubre de 2005, y de 19 de octubre de 2006.

²⁹ Bajo el nombre *prestazione in luogo dell'adempimento*.

mientras que, en la dación en pago, la determinación de la prestación se realiza siempre por mutuo acuerdo³⁰.

Tampoco cabe definir la dación en pago como un tipo de novación extintiva puesto que la finalidad de la primera no es extinguir una relación obligatoria y crear una nueva³¹. El propio § 364 del BGB distingue la dación en pago de la novación. Mientras su primer párrafo, al referirse a la *datio in solutum*, indica que la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida, su párrafo segundo precisa que si con la finalidad de satisfacer al acreedor, el deudor acepta una nueva obligación, en caso de duda no debe entenderse que asume la obligación en lugar del cumplimiento³².

Por otra parte, si fuera una novación, la *datio in solutum* no podría ser llevada a cabo por un tercero, en los términos que prevé el artículo 1158 del Código Civil, y, sin embargo, no existe óbice alguno para que esta situación pueda darse.

Del mismo modo no resulta oportuno hablar de la dación en pago como una novación modificativa de tipo objetivo. No tendría sentido hablar específicamente de la dación en pago si se la considerara una mera novación. Sin embargo, sí existen razones para tratar la dación en pago como una figura distinta de la novación en cuanto que no cabe atribuir a la *datio* un *animus novandi*. No existe de por sí un convenio novatorio del que se deriva una nueva prestación a ejecutar por el deudor. Por el contrario, la *datio in solutum* forma parte del proceso de cumplimiento de la relación obligatoria que se encuentra pendiente de ejecución³³. En consecuencia, la dación en pago se vincula a un *animus solvendi*. La prestación que se entrega en concepto de dación en pago no es el resultado de ejecutar un negocio novatorio. Por esta razón, si la dación en pago deviene ineficaz, la prestación inicial renacerá³⁴.

El propio legislador aborda la dación en pago y la novación desde perspectivas distintas. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes

³⁰ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 555.

³¹ Sobre el tema, vid. FÍNEZ-RATÓN, J. M., «La dación en pago», en *ADC*, 1995, pág. 1486; SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 38; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957, pág. 753.

³² Señala el §364 del BGB: «(1) *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt.*

(2) *Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllung statt übernimmt.*».

³³ Alguna autora (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *ob. cit.*, pág. 997) ha sostenido que el consentimiento en la dación en pago lo que pretende es crear un nuevo medio de extinción. No se pretende crear una relación obligatoria nueva.

³⁴ Vid. FÍNEZ-RATÓN, J. M., *ob. cit.*, pág. 1486. Ver en materia de evicción y vicios ocultos, MARTÍN BRICEÑO, M. R., *ob. cit.*, págs. 2049 y 2050.

de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en el anexo dedicado al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, distingue claramente entre novación, condonación y dación en pago. Así la carencia en la amortización del capital, la reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización, en cuanto medidas cuya finalidad es reestructurar la deuda con unos intereses más bajos y unos plazos más amplios (art. 1), es definida como una novación modificativa. Estamos ante un acuerdo entre la entidad acreedora y el deudor mediante el cual modifican las condiciones del contrato. Tras la novación, y como segunda medida a tener en cuenta, el Real Decreto-ley 6/2012 se refiere a una quita sobre el conjunto de la deuda; quita que hay que considerar como una condonación (art. 2). Finalmente, se admite la dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda. El apartado b) del artículo 3 señala 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 frente a la entidad por razón de la misma deuda*». Todo ello aunque posteriormente se garantice la permanencia del deudor en la vivienda mediante un contrato de arrendamiento durante un plazo de dos años (art. 3).

VI. NATURALEZA REAL DE LA DACIÓN EN PAGO

Considerar la dación como una modalidad de pago, y por tanto, como causa de extinción de las obligaciones, nos aleja de aquellas posturas que sostienen que la *datio in solutum* tiene naturaleza contractual, y que por ello hay que definirla como un negocio jurídico de carácter patrimonial³⁵. Si sostuviéramos el carácter consensual de la dación en pago, habría que distinguir la perfección del negocio, referido al acuerdo entre deudor y acreedor con carácter extintivo de la obligación, de la consumación, como momento en el que se ejecuta lo convenido, con independencia de que ambos momentos fueran simultáneos, o no, en el tiempo. Sin embargo, en la medida en que la dación en pago se explica como una sustitución del pago en sentido estricto en una relación obligatoria, resulta más adecuado sostener su carácter real. El deudor solo se libera cuando el interés del acreedor se ve satisfecho, y esto solo se produce cuando aquel realiza la prestación acordada.

³⁵ Ver sobre carácter consensual, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 784; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *ob. cit.*, pág. 997; FÍNEZ-RATÓN, J. M., *ob. cit.*, pág. 1518; ADÁN GARCÍA, «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 509.

Para negar el carácter real de la dación en pago, se ha dicho que la categoría de los contratos reales tiene un carácter residual, y que confunde los momentos de perfección y ejecución. Que su formación y eficacia no pueden depender siempre de la entrega de la cosa. Que la *traditio* no debe ser requisito de perfeccionamiento. Pero la dación en pago no tiene carácter consensual porque es un mero instrumento de reparación que sirve para ejecutar una relación obligatoria que no se ha extinguido aún mediante la entrega de la prestación debida. Su carácter solutorio la vincula al momento del cumplimiento de la obligación, y no al del perfeccionamiento.

El carácter real de la *datio in solutum* se justifica en que su eficacia dependerá siempre de la entrega de una prestación distinta de la pactada en la relación obligatoria que se pretende extinguir. No desprenderá efectos hasta que no se produzca la entrega, razón por la cual hasta entonces se mantendrá viva la obligación primitiva³⁶. La propia Ley 495 F. N. Nav., al regular la dación en pago, se manifiesta en este sentido en cuanto que declara que «*la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada*». No se refiere a un acuerdo previo con finalidad extintiva, y da a entender que sus efectos se producirán solo mediante la entrega del nuevo objeto pactado.

La naturaleza real de la dación en pago no viola la regla de consensualidad del artículo 1258 del Código Civil porque el objeto de este precepto son los contratos en general, y la dación en pago no tiene naturaleza contractual. El propio artículo 1166 del Código Civil, de donde se infiere el reconocimiento de esta figura jurídica, queda ubicado en la sección dedicada al pago, y a este se refiere cuando describe las condiciones objetivas que debe tener el pago para que cumpla con su finalidad, que no es otra que extinguir la relación obligatoria. Esto es, el artículo 1166 del Código Civil se refiere al momento del pago³⁷.

Considerar que la dación en pago tiene naturaleza real, evita los problemas derivados de una imposibilidad sobrevenida. Si negáramos este carácter real, habría que analizar las diversas cuestiones que se plantean durante el tiempo que transcurre entre el perfeccionamiento y la ejecución de lo acordado. Tendríamos que preguntarnos si desde que se presta el consentimiento hasta que el deudor cumple con la prestación, este debe una o dos prestaciones. En función de la respuesta dada a esta pregunta, habría que resolver, de una u otra forma, el problema derivado de un posible incumplimiento de lo acordado, bien porque el deudor no quiera cumplir, bien porque el acreedor se niegue a recibir

³⁶ La STS de 19 de octubre de 2006 (F. J. 1.º y 3.º) se pronuncia en este sentido.

³⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T. XVI, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1987, págs. 134-135.

lo acordado. ¿Sería una opción aplicar lo dispuesto por el artículo 1124 del Código Civil? ¿Se permitiría la consignación de la prestación acordada? Si el acuerdo entre deudor y acreedor no extingue la prestación primitiva, ¿cabría hablar de obligaciones alternativas y, por tanto, aplicar lo dispuesto por el artículo 1132 en materia de elección? Ya hemos justificado la respuesta negativa a esta pregunta anteriormente. Si, por el contrario, desde el momento que se presta el consentimiento, se extingue la posibilidad de que el acreedor reclame la antigua prestación, estaríamos hablando más bien de una novación que de una dación en pago, cuando en realidad no existe *animus novandi*; tan solo una causa *solvendi*.

Queda claro, y así lo pretende el acreedor, que la dación en pago solo liberará al deudor cuando se ejecute la correspondiente prestación. Por ello, cabe definirla más bien como acto. El intercambio de voluntades entre deudor y acreedor no nos remite al ámbito contractual, y, por ello, no cabe plantear si la dación en pago tiene naturaleza gratuita u onerosa, porque estas características no son aplicables al pago —y la dación lo es aunque sea en un sentido amplio del término—, sino al negocio jurídico sobre el que se constituye la dación. La dación en pago se basa en una causa *solvendi*. El deudor lleva a cabo un ofrecimiento voluntario de un nuevo objeto al acreedor con el fin de cumplir con la deuda pendiente. Es el acreedor quien prestará su asentimiento para aceptar el bien ofrecido en concepto de *datio in solutum*. De ahí que al deudor se le exijan los mismos requisitos de capacidad y legitimación que se pide a cualquier otro sujeto para cualquier otro acto dispositivo (art. 1162 CC).

El propio Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de 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. ¿Qué sucede, pues, con los pactos de retroventa? Estos pactos u otras figuras jurídicas que vinculan la dación en pago a una naturaleza contractual, carecerían de sentido.

VII. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Que el deudor transmita el dominio de un bien al acreedor en concepto de pago de una deuda impagada es un presupuesto necesario para que la dación en pago surta efectos. No se trata de ceder la mera posesión de unos bienes al *accipiens* para que este proceda a su enajenación, a fin de aplicar el precio obtenido al pago de las deudas pendientes. La *datio in solutum* transmite el dominio de un objeto, que sustituye la prestación debida en una relación obligatoria (*aliud pro alio*). No obstante, la traslación del dominio está presente cuando estamos ante una prestación de dar, pero no cuando el objeto de la dación en pago tiene una naturaleza diversa. Y es que no existe óbice alguno

para que la prestación que sustituye la inicialmente pactada con el acreedor sea de hacer o de no hacer³⁸.

La dación en pago deroga la aplicación de uno de los principios básicos a tener en cuenta en el cumplimiento de una obligación: el requisito de identidad de la prestación. Conforme a lo dispuesto por el aforismo *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, el acreedor no puede ser obligado a recibir algo distinto de lo originariamente pactado, pero sí puede aceptar el ofrecimiento del deudor a fin de extinguir la deuda ya vencida con una prestación distinta de la pactada. Y, aunque no se exige valorar expresamente el bien que se pretende entregar al acreedor en concepto de dación en pago para que esta surta efectos, es cierto también que lo habitual es que esta valoración se lleve a cabo en cuanto que el objeto que se pretende entregar al acreedor va a representar el importe de la deuda impagada. Si pensamos en la dación en pago en el ámbito de los préstamos hipotecarios, nos encontramos con que la entidad acreedora sí procede a tasar el inmueble que se pretende entregar en concepto de *datio in solutum*. No obstante, la entrega de la vivienda hipoteca en concepto de dación en pago no significa que se deba tener en cuenta el valor de tasación pactado en el crédito hipotecario; un valor que se vincula al proceso de ejecución hipotecaria. Se habla de otro valor de tasación que fije el valor real; el valor actualizado de mercado del activo inmobiliario a entregar en pago de la deuda pendiente. Por supuesto, esto no implica que el acreedor no pueda admitir la dación en pago de un bien con un valor inferior al importe de la deuda pendiente. Todo ello con independencia de sus implicaciones fiscales en cuanto que pueda existir una ganancia o una pérdida patrimonial al respecto.

Por otra parte, queda claro que la dación en pago afecta a las garantías vinculadas al crédito que se pretende extinguir en los términos que prevé el artículo 1849 del Código Civil para la fianza³⁹. Esto es, la dación en pago es causa de extinción del crédito pendiente de pago y de todas las garantías (ya sean personales o reales) que aquel conlleve.

³⁸ Cfr. Ley 495 F. N. Nav.

³⁹ La STS, de 30 de septiembre de 2010, aborda el tema de la extinción de la fianza ante una dación en pago. El Banco Español de Crédito interpone demanda contra los fiadores solidarios de una entidad mercantil, Ingeniería y Montajes Insular, S. A., deudora del Banco sin tener en cuenta que la empresa había promovido un juicio universal de quiebra voluntaria ante el Juzgado, que terminó con la proposición de un convenio que se aprobó en Junta de Acreedores. La entidad Banco Español de Crédito, S. A., votó a favor del referido convenio, mediante el cual se consideraban saldados y finiquitados todos los créditos mediante la dación en pago. Ante este hecho, los fiadores demandan al Banco Español de Crédito para que este declare saldado también el crédito que ostentaba frente a ellos, como fiadores. El TS considera que, «a la luz de lo previsto en los artículos 1847 y 1849 del Código Civil, si la obligación principal (...) se ha extinguido por dación en pago (...), también lo está la del fiador», ya que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones, y «supone pago del crédito con exoneración de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, de los fiadores».

Hay que valorar también la dación en pago como instrumento de fraude dentro de un marco concursal. Al respecto debemos analizar lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley Concursal⁴⁰ de 9 de julio de 2003, según el cual, «*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 hubiere existido intención fraudulenta*». Con estos términos observamos cómo el legislador aborda con cierto recelo la extinción de ciertas obligaciones durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. En este caso se halla la dación en pago en favor de una entidad crediticia acreedora, que además es también titular de un derecho real de garantía como es la hipoteca.

En cuanto a las acciones de reintegración con respecto a aquellos actos de naturaleza concursal, la Ley Concursal prescinde de si ha existido o no intención fraudulenta para rescindir un acto preconcursal⁴¹. Tan solo tiene en cuenta la voluntad de provocar un fraude cuando el concurso se declara culpable, por entenderse judicialmente que existe una situación fraudulenta, de mala fe del acreedor, en cuyo caso su crédito pasa a ser subordinado. Esto se traduce en la siguiente idea: basta con que el acto sea perjudicial para la masa activa y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal, para permitir el ejercicio de la acción de reintegración. Pero, ¿cómo definimos los actos perjudiciales? Son actos que lesionan, que producen un menoscabo patrimonial; aunque, tal y como afirma GARCÍA-CRUCES, este menoscabo debe referirse a algo o a alguien⁴².

A la luz de lo dispuesto por la Ley Concursal, texto que además ofrece un elenco de presunciones de perjuicio que facilitan la labor en cuanto a la posible impugnación de actos del ahora concursado, cabría afirmar que el perjuicio no debe ser el causante de la insolvencia del concursado. Por tanto, hay actos perjudiciales, no determinantes de la insolvencia, que pueden ser atacados. Asimismo, el perjuicio ha de ir referido a la masa activa, entendida esta como el sumatorio de bienes y derechos que, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Concursal, va a quedar afecta al cumplimiento del convenio o constituirá el objeto de liquidación concursal (art. 76 LC)⁴³.

Por otra parte, junto a la interpretación literal, se puede recurrir a una interpretación sistemática para afirmar lo siguiente: dado que el sistema de

⁴⁰ A partir de este momento L. C.

⁴¹ Cabe señalar que, aunque la Entidad Financiera acepta la dación en pago para evitar verse inmersa en un posible proceso concursal, ello no es razón suficiente para presumir que aquella actúa con ánimo fraudulento, pese a que la Ley Concursal se refiere a los actos cercanos en el tiempo a la declaración de concurso de acreedores.

⁴² Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Dación en pago y reintegración concursal», en *La Ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010, ref. D-319, pág. 1415.

⁴³ *Ob. últ. cit.*, pág. 1415.

reintegración persigue mejorar la tutela de los acreedores concursales, esta solo tendrá sentido si se les tiene en cuenta. Por tanto, el acto será perjudicial cuando les afecte directamente porque suponga una ruptura del principio *par conditio creditorum*⁴⁴.

Cabría hablar de actos perjudiciales cuando afectan al funcionamiento de una empresa si provocan, por ejemplo, la desintegración de esta última. Aquí habría que tener en cuenta, a los efectos de evitar la rescisión, si el objeto de la dación puede recaer sobre bienes *afectos* a la actividad profesional o empresarial del deudor, considerados estos como aquellos que no tienen un mero carácter estático dentro del patrimonio empresarial, sino un valor dinámico que coadyuven a que la empresa continúe realizando su labor. En este sentido, si la dación en pago recae sobre bienes *afectos*, y por ello dificulta la continuidad de la empresa o de la actividad profesional del deudor, debería ser rescindible pues multiplica los efectos negativos sobre la masa activa del deudor.

El perjuicio para la masa activa existe cuando se produce una reducción del activo, aunque esta venga acompañada de una minoración del pasivo, si el acto genera una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, como consecuencia de la reducción del patrimonio del deudor.

El artículo 71.2 LC permite también la impugnación de pagos o actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. Razón: el acreedor que se beneficia de tales pagos, obtiene el importe íntegro del crédito en un momento anterior a su vencimiento. De este modo no se ve afectado por una declaración concursal que sí sujeta al resto de los acreedores. Por tanto, cabría impugnar estos pagos. Sin embargo, si el deudor y el acreedor recurren a la dación en pago para extinguir un crédito vencido y exigible, cabría negar la posibilidad de rescindir este pago. El artículo 71 LC no se manifiesta al respecto. Por consiguiente, no parece exigir ningún requisito especial al acreedor beneficiario de la dación en pago. No se vislumbra limitación alguna, aunque el artículo 71.3.1.º LC dispone una presunción de perjuicio cuando el acto que quiere impugnarse vino a realizarse «a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado». Esto es, si la *datio* actuó en favor de un acreedor perteneciente a tal categoría, la Ley Concursal presume *iuris tantum* el carácter perjudicial para la masa activa de ese subrogado de pago, lo que facilitaría su rescisión⁴⁵. Significa, pues, que la dación no será rescindible si el beneficiario de tal subrogado del pago prueba el carácter no perjudicial para la masa activa del acto impugnado. Fuera de este supuesto, la dación en pago no sería rescindible. Sin embargo, que la dación en pago realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso no se puede rescindir, conduce a afirmar que la *datio* no supone un menoscabo

⁴⁴ *Ob. últ. cit.*, pág. 1415.

⁴⁵ *Ob. últ. cit.*, pág. 1183.

en la masa activa en el concurso. Y así es. No supone un perjuicio en cuanto que extingue un crédito ya vencido; siempre y cuando el valor de tasación del bien entregado en concepto de dación en pago coincida con el montante total de la deuda pendiente de pago o resulte inferior al mismo. Por supuesto, cabe hablar de perjuicio cuando el valor de tasación del bien es superior a la cuantía del crédito vencido, en cuyo caso cabría la rescisión de la dación en pago.

El valor de tasación a tener en cuenta será el establecido en el momento de la dación en pago, aunque al declararse el concurso de acreedores el bien se haya revalorizado o depreciado. Pensemos en los activos inmobiliarios: el beneficio por un incremento de su valor o el perjuicio derivado de una disminución del mismo, recaerá, en cualquier caso, sobre el acreedor que ha recibido el bien.

Junto a la repercusión en materia concursal de la dación en pago, debemos analizar también esta figura desde una perspectiva fiscal. Aunque la *datio in solutum* se nos muestra como una nueva oportunidad para el deudor, hay que tener presentes los gastos que esta conlleva. La traslación del dominio de un bien al acreedor en pago de una deuda pendiente es una transacción económica, y en cuanto tal, hay que determinar a qué tributos queda sujeta.

El deudor debe tener presente la tributación en el impuesto de la renta en función de si la dación en pago conlleva una pérdida o un incremento patrimonial. La razón la encontramos en la respuesta a la siguiente pregunta: ¿existe una plusvalía que se pueda gravar por la diferencia entre el precio de adquisición del inmueble y la deuda viva en el momento de llevar a cabo la dación en pago? Puede existir. No hay que olvidar que, en muchas ocasiones, la deuda se ve incrementada por los elevados intereses de demora.

Por otra parte, conforme a la legislación sobre IRPF, el deudor ha podido disfrutar de su correspondiente desgravación fiscal por la adquisición de vivienda habitual, inmueble que pretende entregar ahora en concepto de dación en pago con el fin extinguir el préstamo hipotecario. Pero esta desgravación se consolida si el deudor reside en la vivienda un período mínimo de tres años. No siendo así, el inmueble dejaría de ser considerado residencia habitual, aspecto que obligaría al deudor a restituir todas las cantidades desgravadas hasta ese momento⁴⁶.

Desde la perspectiva de la entidad acreedora debemos tener en cuenta cómo se incorpora el activo inmobiliario a sus balances. Si el importe pendiente de la deuda es inferior al valor de tasación, el bien se entiende transmitido por el importe de la deuda, y así lo contabiliza la entidad en su balance. Pero si el valor de tasación es inferior a la deuda pendiente, el bien, deberá ingresar en el

⁴⁶ Vid. artículo 68 LIRPF: «Se entenderá por vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas».

patrimonio del acreedor por su valor de tasación y la diferencia hasta el importe pendiente de la deuda se considera pérdida. En este caso, cabría entender que se produce una condonación de la deuda, anterior o simultánea a la entrega.

VIII. LA DACIÓN EN PAGO Y EL PACTO COMISORIO

Si la dación en pago se muestra como medio para solventar las consecuencias derivadas del incremento de los impagos producidos en el marco de los préstamos hipotecarios, la cuestión a tener en cuenta sería la siguiente: ¿la *datio in solutum* afecta a la prohibición del pacto comisorio prevista en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil? Según el artículo 1859 del Código Civil, «*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*». Hablamos de una prohibición que ya, desde las Partidas (5, 13, 12), se incluye en nuestro Derecho. Por consiguiente, se impide al acreedor apropiarse del bien dado en garantía ante el impago de la deuda. En este sentido se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la propia hipoteca al cuestionarse si esta recae sobre la cosa o sobre su valor. Aunque lo que queda claro es que la hipoteca es un derecho real, cuya inherencia sobre el bien no se manifiesta disfrutando del mismo, sino a través de una facultad de conservación de su valor y de enajenación del bien para realizar su valor y satisfacer así el crédito pendiente.

La prohibición prevista en el artículo 1859 del Código Civil impide un pacto comisorio en los préstamos hipotecarios. Ahora bien, es cierto también que para eludir la prohibición del pacto comisorio se recurre al pacto en garantía o pacto de retroventa, mediante el cual el deudor vende la vivienda a la Entidad acreedora por el valor de la deuda pendiente. En tal caso, habría que valorar la nulidad del citado acuerdo si lo que esconde, bajo esa terminología, es un pacto comisorio encubierto.

Que la dación en pago no viola la prohibición de pacto comisorio se fundamenta en distintas razones. La primera de ellas a tener en cuenta se basa en el criterio temporal. Mientras el pacto comisorio se acuerda siempre antes de que se produzca el vencimiento de la obligación, la dación en pago es una figura a la que se recurre ante el incumplimiento de la prestación debida por el deudor.

Desde una perspectiva funcional, la dación en pago se basa en una causa *solvendi*. Es un medio que sirve para reparar un incumplimiento. En consecuencia, cumple una función solutoria. Sin embargo, el pacto comisorio actúa como una garantía ante un posible impago por parte del *solvens*. Es decir, de la dación en pago no se deduce la transmisión de la propiedad de unos bienes con fines de garantía. No garantiza nada y, por tanto, no se incluye en la órbita del pacto comisorio. Queda claro que la transmisión de la propiedad del bien entregado actúa como pago de una deuda pendiente. Por el contrario, lo que

se pretende con el pacto comisorio es asegurar el cobro del crédito y crear una apariencia frente a terceros.

Finalmente, la naturaleza contractual que se atribuye al pacto comisorio no se predica de la dación en pago. Si tenemos en cuenta que la *datio in solutum* se reconoce en el carácter dispositivo del artículo 1166 del Código Civil, la dación en pago no puede definirse como un pacto entre acreedor y deudor, sino más bien como un ofrecimiento de pago por parte del deudor, que el acreedor acepta; que debe aceptar para cumplir la función solutoria que se atribuye a toda *datio pro soluto*, en cuanto que se produce un cambio en la identidad de la prestación.

No obstante, que la dación en pago no viole la prohibición de pacto comisorio, no significa que las consecuencias de su aplicación sean, a veces, las que trata de prohibir el pacto comisorio. Me refiero a aquellos casos en los que el valor del bien entregado en concepto de dación en pago al acreedor es superior al montante de la deuda pendiente de pago. La dación en pago es válida en estos términos. Razón: confluyen las voluntades del deudor y del acreedor en este sentido. No obstante, sería oportuno tener en cuenta ese hecho para procurar una cierta equivalencia entre la cuantía de la deuda que se pretende extinguir y el valor del bien que se subroga en el pago. Ahora bien, es cierto que cuando se pretende extinguir un préstamo hipotecario, mediante la dación en pago del inmueble sobre el que recae el derecho real de garantía, hay que preguntarse: ¿qué valor hay que atribuir al inmueble? ¿El valor de tasación acordado para el proceso de ejecución hipotecaria? ¿El valor de tasación actualizado? No hay que olvidar que otros acreedores se pueden ver perjudicados en función del valor que se otorgue al bien entregado en concepto de dación en pago.

Considero que no se debe aplicar el valor de tasación pactado para el supuesto específico de ejecución hipotecaria, puesto que es este su estricto ámbito de aplicación. La tasación de mercado del bien que se pretende entregar al acreedor con el fin de extinguir la deuda pendiente de pago, aparece como la solución más idónea. Ello, pese a que, en un contexto de crisis inmobiliaria como el actual, la tasación actualizada del bien implica otorgar un valor inferior al inicialmente acordado por el deudor y acreedor para el proceso de ejecución hipotecaria. El acreedor, que en este caso sería una Entidad de Crédito, tendría que valorar si acepta, o no, este ofrecimiento con los datos que le ofrece la tasación, a la luz del montante de la deuda pendiente y de la situación de sus balances. Pero lo que descubre la tasación es la proporcionalidad entre el valor del bien que se ofrece y la cuantía de la deuda pendiente de pago. Significa que sea cual sea el resultado de la tasación, el acreedor puede aceptar la dación en pago, aunque la deuda pendiente de pago sea mayor que el valor del bien ofrecido por el deudor⁴⁷.

⁴⁷ Ya se deduce esta idea de la STS de 1 de octubre de 2009. La dación en pago no exige que las prestaciones estén identificadas y valoradas.

Si queremos buscar una proporcionalidad en las prestaciones y evitar un posible enriquecimiento injusto a través de la dación en pago, habría que recurrir al pacto marciano. Mediante este pacto sí se debe determinar de modo objetivo el valor del bien que se atribuye al acreedor. Se atiende a la equivalencia de prestaciones. De este modo, una vez determinado el valor del bien, el deudor tendrá derecho a percibir la diferencia entre ese valor y el importe de la deuda, cuando aquel sea superior a la cuantía de esta última. Aunque también es cierto que no se extinguirá la deuda en su totalidad en el caso de que el valor de tasación del bien sea inferior al montante de la deuda pendiente de pago.

IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LA DACIÓN EN PAGO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS

La dación en pago no solo tiene una vertiente civil, hipotecaria y fiscal. También hay que observarla desde una perspectiva financiera. Al fin y al cabo estamos ante una realidad poliédrica. Por consiguiente, merece ser analizada desde distintos puntos de vista para valorar su oportunidad como solución al incremento de impagos en los préstamos hipotecarios.

Es un hecho que la acumulación de activos inmobiliarios en los balances de nuestras Entidades Financieras, aparece como uno de los problemas que han incidido en la falta de liquidez de estas últimas⁴⁸. ¿Cómo se ha producido este proceso de acumulación de activos inmobiliarios? Los créditos destinados al sector inmobiliario han ocupado un porcentaje muy alto de los créditos concedidos (aproximadamente un tercio) por las Entidades Financieras, y el impago de los mismos es lo que ha provocado finalmente esta situación. Los procesos de ejecución hipotecaria finalizados con la adjudicación en pago es uno de los modos más comunes de traslación del dominio de estos bienes inmuebles

⁴⁸ Se pretende fortalecer el procedimiento de intervención y disciplina de nuestras Entidades Financieras a través de la aprobación del Real Decreto-ley 9/2009, que da lugar a la creación del FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria). Posteriormente se reforman las Cajas de Ahorro mediante la aprobación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio. Su fin: una mayor profesionalización. El Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sector financiero, incrementa los requerimientos de capital mínimo, tanto en calidad como en cantidad, para reforzar la solvencia de las entidades crediticias. El Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, abunda en la reforma y busca un saneamiento de los balances, requiriendo nuevas provisiones y capital adicionales. Con ello se pretende que las cuentas estén saneadas en el año 2013. Este mismo Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, incrementa la dotación del FROB de 6.000 millones de euros con cargo a los presupuestos Generales del Estado. Se amplía su capacidad a 15.000 millones. Una vez aportadas esta cantidad por el Tesoro, procede a la emisión de deuda. Asimismo, modifica el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se creó el Fondo de Garantía de Depósitos. Sobre el tema, ver CALVO VÉRGEZ, J., *A vueltas con el saneamiento del sector financiero: novedades del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero*, pág. 15.

a las Entidades acreedoras. En otros casos, se ha llegado a idéntica situación mediante la dación en pago.

El aumento de unos activos de carácter inmobiliario ha obligado a las Entidades Financieras a crear sociedades específicas dedicadas a la gestión y venta de los bienes inmuebles atribuidos tras una subasta desierta o mediante dación en pago. Necesitan desprenderse cuanto antes de unos activos en un claro proceso de depreciación.

Las Entidades Financieras se ven abocadas también a proceder a la venta de los inmuebles porque recae sobre ellas la obligación de realizar las correspondientes provisiones dinerarias de riesgo, provisiones con las que se trata de paliar la diferencia de valor de los activos inmobiliarios entre dos momentos: el de la concesión del préstamo hipotecario y el de la atribución del bien a la Entidad Financiera. Se tiene presente que el valor de mercado de los bienes inmuebles, de los que ahora son propietarias las Entidades Financieras, es inferior al que tenían cuando se concedió el préstamo al deudor con una garantía hipotecaria sobre los mismos. Las cantidades que tienen que provisionar estas Entidades de Crédito reflejan la disminución de valor de los activos inmobiliarios en el mercado.

Las provisiones de riesgos a realizar por las Entidades Financieras a causa de la acumulación de activos inmobiliarios se han visto incrementadas en los últimos años. El Banco de España exigía a los Bancos y Cajas una provisión del 10 por 100 del valor de tasación de los activos inmobiliarios que permanecieran en su balance más de un año. Pero a partir de 2009 se impone un aumento en la provisión, que llega hasta el 20 por 100. La entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, dirigida a entidades de crédito, que modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, nuevamente eleva la provisión a realizar hasta un 30 por 100 para los activos que permanecen en el balance de la Entidad más de veinticuatro meses, aunque mantiene el 20 por 100 para aquellos que sobrepasan los doce meses (apartado 35).

Con el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 2012, de saneamiento del sector financiero, el Ministerio acentúa el ascenso de las provisiones de riesgo a realizar por las Entidades Financieras. Su Exposición de Motivos justifica esta medida con los siguientes términos: «la crisis financiera internacional, los problemas de confianza en el sector financiero y de restricción de crédito persisten. A pesar de las distintas medidas que se han llevado a cabo tanto por parte de los Estados a nivel individual como de forma coordinada en el ámbito internacional, los continuados problemas de liquidez y financiación junto con el fuerte deterioro de los activos de las entidades de crédito han incrementado las dificultades de acceso a la financiación con severos efectos sobre la economía real. Los Bancos y Cajas no canalizan el crédito hacia la economía real, lo que supondría un apoyo para las familias, y las pequeñas y medianas empresas. Por

ello se incorporan medidas dedicadas a requerir nuevas provisiones orientadas a la cobertura del deterioro en los balances bancarios ocasionado por los activos vinculados a la actividad inmobiliaria». Con base en estos fundamentos, las provisiones exigidas alcanzan hasta el 40 por 100 en activos inmobiliarios con una antigüedad en el balance superior a 36 meses. De ello se deduce que cuanto más débil es el Banco, más interesado estará en desprenderse de unos activos que lastran sus cuentas de resultados.

Se incrementan las provisiones dinerarias para proteger a las Entidades Financieras de aquellos préstamos con riesgo de impago. Pero el citado Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 2012 obliga también a estas Entidades a dotarse de una provisión genérica del 7 por 100 para el resto del crédito promotor, que hasta ahora estaba sin cobertura. La finalidad: conseguir que la valoración contable de los activos vaya ajustándose al valor real, facilitando su salida al mercado inmobiliario y reduciendo la presión por el incremento de la mora⁴⁹.

Los tibios efectos del Real Decreto-ley, de 3 de febrero de 2012, de saneamiento del sector financiero, empujan al Ministerio de Economía a adoptar el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. Se trata de una norma jurídica que incorpora dos aspectos básicos: la creación de una sociedad donde incluir los activos inmobiliarios depreciados, antes de fin de año y el aumento de las provisiones de fondo dinerario de riesgo.

En cuanto a la sociedad, el artículo 3 del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, señala lo siguiente: «1. Los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, deberán ser aportados por las entidades de crédito a una sociedad anónima en los términos establecidos en el presente capítulo. Igualmente habrán de aportarse aquellos otros activos adjudicados o recibidos en pago de deudas con posterioridad al 31 de diciembre de 2011». Para valorar los bienes, el artículo 4.2 del citado Real Decreto-ley señala que: «Las aportaciones a la sociedad se valorarán por su valor razonable. En ausencia de valor razonable o cuando exista dificultad para obtenerlo, se valorarán por su valor en libros, que se determinará tomando en consideración las provisiones que los activos deban tener constituidas en aplicación del artículo 1.1 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, y del artículo 1.1 del presente Real Decreto-ley»⁵⁰.

Respecto al aumento de las provisiones dinerarias de riesgo, indicar que el Preámbulo del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, declara lo siguiente: «Estos nuevos requerimientos se establecen, de modo análogo a lo anterior, por una sola vez, de manera diferenciada en función de las diversas clases de

⁴⁹ Vid. CALVO VÉRGEZ, C., *ob. cit.*, pág. 21.

⁵⁰ Los Bancos no tienen que adoptar rebajas adicionales a las que imponía la primera reforma financiera, la prevista en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero.

financiaciones». Aunque «en coherencia con lo dispuesto en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, se ha establecido un mecanismo de flexibilización del plazo de cumplimiento de los nuevos requerimientos de provisiones para aquellas entidades que vayan a acometer procesos de integración, que dispondrán de un plazo de doce meses a partir de la autorización del respectivo proceso». De acuerdo con lo expresado anteriormente el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 18/2012, se remite a un Anexo para fijar los nuevos baremos atendiendo al tipo de financiación de la construcción o promoción inmobiliaria, en los siguientes términos: *«Sobre el saldo vivo a 31 de diciembre de 2011 de las financiaciones relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobiliarias, correspondientes a la actividad en España de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito, a las que se refiere el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, se constituirán, por una sola vez, las coberturas que se indican en el anexo del presente Real Decreto-ley con carácter adicional a las establecidas en aquella norma...».*

Tipo de financiación de construcción o promoción inmobiliaria		Porcentaje de cobertura
Con garantía hipotecaria	Suelo	45%
	Promoción en curso	22%
	Promoción terminada	7%
Sin garantía real		45%

El Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, obliga a provisionar por créditos morosos, por créditos sanos y por créditos subestándar, que son aquellos que se encuentran en riesgo de impago. Se pretende combatir la morosidad oculta y sobre todo vencer la desconfianza instalada en los mercados. Las provisiones se dirigen a todos los créditos vinculados a la adquisición de inmuebles. Ello, junto a las provisiones a realizar por la presencia de activos inmobiliarios en los balances de las Entidades Financieras, tiene como fin sanear estos últimos. Mediante este saneamiento se protege nuestro sistema financiero y se incita a estas Entidades a desprenderse de unos valores inmobiliarios depreciados, a fin de mejorar su cuenta de resultados y que, como consecuencia de ello, se potencie la circulación del dinero.

X. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto anteriormente cabría deducir una serie de conclusiones que dan respuesta a la pregunta que al comienzo de la exposición hacía: ¿es la dación en pago el instrumento jurídico adecuado para resolver la problemática derivada del incremento de impagos producidos en el ámbito de los préstamos hipotecarios?

Tras el breve análisis realizado sobre la situación de nuestras Entidades Financieras, considero que la dación en pago de activos inmobiliarios, con el fin de extinguir préstamos hipotecarios, aporta ventajas, pero también muchos inconvenientes. Resulta beneficioso para la citada Entidad adquirir el inmueble porque, a partir de este momento deja de provisionar, por ejemplo, por tener un crédito moroso; es decir, no tiene que destinar unos recursos para cubrir el riesgo de insolvencia de sus deudores, y, por tanto, baja su *ratio* de morosidad. Ahora bien, el problema de la *datio in solutum* de los activos inmobiliarios se encuentra precisamente en su clara depreciación en el mercado. Es este hecho el que obliga a las Entidades Financieras a realizar provisiones dinerarias de riesgo en los términos establecidos por las últimas reformas financieras. Con ello se pretende compensar el descenso de valor de estos bienes inmuebles adjudicados o entregados en concepto de dación en pago; bienes que, en su momento, actuaban como garantía ante un posible impago del préstamo hipotecario por parte del deudor.

Compeler a las Entidades Financieras a realizar provisiones de fondo por tener en sus balances unos activos inmobiliarios depreciados, plantea cuestiones como su recapitalización con dinero público o, incluso, su desaparición. En consecuencia, el análisis económico de la dación en pago permite valorar los costes sociales que su aplicación generalizada puede conllevar; y cuando digo sociales, me refiero al deudor en particular y a la sociedad en general, en cuanto que, de un modo indirecto, se estaría socializando las deudas.

Por supuesto, en el panorama descrito, no hay que olvidar la figura del deudor; aquel *solvens* que se ve afectado por una grave crisis económica que le impide cumplir con la prestación debida. En esta situación, la dación en pago le ofrece una clara ventaja. Actúa como modo de extinción total de las deudas pendientes con las entidades financieras y orilla la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1991 del Código Civil. Sin embargo, se olvida que, a veces, aquella *datio* lleva aparejada unos costes fiscales. Como atribución patrimonial que es, no hay que dejar de valorar estos gastos.

Asimismo, el concepto de deudor no se identifica siempre con el de consumidor final, en cuanto sujeto que adquiere un inmueble para dedicarlo a residencia habitual. Dentro del conjunto de préstamos hipotecarios, los promotores inmobiliarios ocupan también esta posición y precisamente son ellos sobre quienes recae un mayor índice de morosidad.

Por otra parte, y desde una perspectiva jurídica, no cabe la aplicación obligada de una figura jurídica que se define, en principio, por su carácter voluntario. Cambiar su naturaleza jurídica y revestirla de un carácter imperativo con efecto retroactivo violaría el principio de seguridad jurídica. Incluso hablar de dación en pago necesaria en los términos utilizados por la Ley 493, párrafo 2.º, del Derecho navarro, nos aleja del concepto de *datio in solutum* y nos acerca a la llamada adjudicación en pago. Razón: con la denominada dación en pago necesaria se pretende que, bajo control judicial, pueda operar la medida prevista por el legislador navarro; que una resolución judicial obligue a la Entidad Financiera a aceptar el inmueble que actúa como garantía de cumplimiento del préstamo hipotecario. Fuera del ámbito propio del Derecho navarro, la aplicación de esta figura exigiría la reforma del artículo 105 LH, según el cual la hipoteca «podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

Por consiguiente, en mi opinión, la dación en pago no parece ser la solución más oportuna para solventar la problemática derivada del aumento de los impagos en los préstamos hipotecarios. Todo ello con independencia de que resulte ser la más idónea para aquellos casos particulares en los que el deudor esté dispuesto a ofrecer y el acreedor a aceptar la entrega del inmueble como subrogado del pago de un préstamo hipotecario. Antes de recurrir a esta figura, resultaría más acertado establecer unas reglas a aplicar cuando un deudor, que es de buena fe, se encuentra ante una clara situación de insolvencia⁵¹. Establecer una hoja de ruta que permita al *solvens* cumplir con la prestación exigida. Aunque es cierto también que la regulación de estos aspectos plantea otro tipo de cuestiones ligadas a la determinación de los requisitos que debe cumplir el deudor y el acreedor para acogerse a tales medidas.

Se reclama una reforma de la Ley Concursal, a fin de tener en cuenta las peculiaridades de la persona física. En el concurso de la persona física no hay *fresh star*, como sí existe en el concurso de una sociedad. Se admite la extinción de esta última con las consecuencias que ello conlleva. Sin embargo, el concurso no libera a la persona física del pago de las deudas, salvo que se acuerde en el convenio concursal con los acreedores, y así se cumpla. No obstante, si bien es cierto esto último, no debemos dejar de apuntar, como elemento a valorar, los elevados costes de la gestión del concurso a la luz de la masa que se debe gestionar.

No creo que las extralimitaciones financieras por parte de las entidades financieras desvirtúen la figura de la hipoteca que tanto ha favorecido nuestro

⁵¹ En la línea mostrada por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuyo ámbito de aplicación es muy limitado.

desarrollo social y económico. Por ello, tampoco soy partidaria de aplicar lo dispuesto por el artículo 140 LH con carácter obligado. Pese a la escasa aplicación de este precepto debido a su carácter voluntario, pienso que una reforma del artículo 140 LH no debería eliminar esta naturaleza. Si lo dispuesto por este precepto se modificara a fin de dejar al margen la aplicación del artículo 1911 del Código Civil en el ámbito de los préstamos hipotecarios, probablemente se producirían las siguientes consecuencias: *a)* una restricción en la circulación del dinero a través del crédito; *b)* las condiciones que asumiría el consumidor para acceder a un préstamo hipotecario serían muy severas; y *c)* se vería afectada la fuente de financiación de las Entidades Financieras en el Mercado Hipotecario al disminuir las garantías. Por supuesto, lo manifestado no es óbice para reclamar incentivos fiscales que fomenten el pacto entre el acreedor y el deudor, pero este es otro tema a tratar.

En definitiva, con independencia de que las entidades acreedoras y los deudores recurran a la dación en pago para extinguir las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario, considero más apropiada la opción de la reestructuración de la deuda, e incluso, en casos extremos, la aplicación de una quita parcial de la misma. Por supuesto, esto debe ir unido a un mayor control del riesgo en cuanto a la concesión de préstamos hipotecarios por parte de las Entidades Financieras; un control a realizar no solo por la propia entidad, sino también por los organismos del Banco de España legitimados para ello. Asimismo, hay que elevar el nivel de cultura financiera del consumidor. No se trata tan solo de informar sino también de que el deudor conozca los términos de la información recibida. Este hecho, que se ha de deducir de la propia educación financiera de la sociedad, serviría para que el consumidor, que accediera a un préstamo hipotecario, lo hiciera con unos ahorros y unos ingresos que le permitieran hacer frente a sus obligaciones. Ello nos llevaría a hablar de un crédito responsable.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- BELINCHÓN ROMO, R.: «El contrato de compraventa y la dación en pago», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, T. XVI, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1987.
- CALVO VÉRGEZ, J.: *A vueltas con el saneamiento del sector financiero: novedades del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero*, 2012.
- CHICO ORTIZ, J.: «Aspectos financieros del Derecho real de hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado. La mo-

- vilización de los créditos hipotecarios», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria. Revisión del mercado secundario», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, 30 de marzo y 1 de abril de 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «La dación en pago en el párrafo 2.º de la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, enero-junio de 2012, núm. 28.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957.
- FÍNEZ-RATÓN, J. M.: «La dación en pago», en *ADC*, 1995.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», en *La Ley*, núm. 7492, 20 de octubre de 2010, ref. D-319.
- GARNICA GARNICA, M.ª C.: «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del mercado hipotecario español», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1997, núm. 24 (diciembre).
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *La reforma del mercado hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra», en *RCDI*, 2011, núm. 725.
- JIMÉNEZ PARÍS, M. T.: «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *RCDI*, 2011, núm. 727.
- MADRID PARRA, A.: «El mercado hipotecario y títulos hipotecarios», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1987.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en *RCDI*, 1987.
- MARTÍN BRICEÑO, M. R.: «Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», en *RCDI*, 2011, núm. 726.
- ORTÍ VALLEJO, A.: *Garantía de los títulos del mercado hipotecario*, Civitas, Madrid, 1993.
- PAZ-ARES, C.: «La reinversión de dividendos», en *RD*, octubre-noviembre de 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, A. M.: «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código civil», en *AC*, núm. 8, 21-27 de febrero de 2000.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, M.: «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», en *RGD*, mayo de 1993.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

La subida de los índices de referencia del mercado hipotecario repercutió negativamente sobre los deudores con préstamos hipotecarios a tipo de interés variable. Su pago supuso un mayor esfuerzo económico para el deudor. No obstante, aunque actualmente los tipos de interés han disminuido, la elevada tasa de desempleo se ha revelado como una de las principales causas del incremento de los impagos. Ante esta situación, la datio in solutum se ha planteado como instrumento jurídico al que recurrir para paliar los efectos derivados de un proceso de ejecución hipotecaria; proceso que, por sí solo, no extingue la totalidad de la deuda pendiente. En un marco de grave recesión económica, en el que el valor de los bienes inmuebles hipotecados se ha depreciado, el número de subastas se ha incrementado, y, dentro de estas, aquellas que calificamos como desiertas, se reclama la dación en pago como herramienta que permite orillar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. El propio Real Decreto-ley 9/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la tiene presente. Ahora bien, a fin de valorar la idoneidad de esta medida, hay que proceder a su análisis desde distintas perspectivas, debido a la naturaleza poliédrica que tiene la dación en pago. Conviene examinarla no solo desde una perspectiva jurídica, sino también desde una vertiente económica y social. Su estudio desde un punto de vista financiero, junto con el análisis civil, fiscal e hipotecario, determinará su procedencia como respuesta a los impagos de los préstamos hipotecarios.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The hike in the mortgage market's benchmark rates hit borrowers holding loans at variable interest rates hard. Meeting mortgage payments began to take more of an economic effort. Nevertheless, although interest rates have now come down, the high rate of employment has revealed itself as one of the main causes for the increase in defaults. This being the situation, datio in solutum has been proposed as a legal instrument to palliate the effects of foreclosure without in itself terminating the entire outstanding debt. In a setting of serious economic recession, where the value of mortgaged property has become depreciated, the number of foreclosure auctions has risen; and when no successful bidder is forthcoming, more and more frequently borrowers are asking to be allowed to surrender the property in lieu of payment as a means of skirting the application of the rule of unlimited personal liability under article 1911 of the Civil Code. Royal Decree-Law 9/2012 of 9 March on urgent measures for the protection of indigent mortgage loan holders itself takes such a possibility into account. Nevertheless, the measure must be looked at carefully from several perspectives before it is judged the best solution, due to the polyhedral nature of surrender in lieu of payment. It ought to be examined not only from the legal perspective, but also from an economic and social standpoint. Study from a financial point of view, combined with civil, fiscal and mortgage-based analysis, will determine whether surrender in lieu of payment is a good response to mortgage loan defaults.