

LA MODERNA DACIÓN EN PAGO¹

Miguel L. Lacruz Mantecón
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Recientemente diferentes medidas han sido adoptadas por las autoridades españolas para proteger a los titulares de hipotecas sobre viviendas, a fin de aliviar la grave situación que afecta a miles de familias que, como consecuencia de la actual fuerte crisis económica, no fueron capaces de cumplir con los préstamos hipotecarios y están siendo privados de sus hogares. Entre estas medidas se encuentra la entrega de la vivienda para pagar la deuda, una posibilidad que regula el Real Decreto-Ley 6/2012, de 09 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que la incluye como anexo, y luego la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para fortalecer la protección de los deudores hipotecarios. Esta entrega detiene la ejecución de la hipoteca y convierte la hipoteca convencional y el préstamo en una deuda y una hipoteca de responsabilidad limitada. En cualquier caso, muchos grupos sociales contemplan esta solución como una cura milagrosa, cuando en realidad no es más que una manera de resolver una serie de créditos incobrables, y sus resultados también son hacer los préstamos más caros.

ABSTRACT: *Recently different measures have been adopted by the Spanish authorities to protect residential home mortgage holders, in order to alleviate the serious situation affecting thousands of families who, as a result of the severe economic current crisis, were unable to meet mortgage loans and are being deprived of their homes. Among these measures there is the delivery of housing to pay the debt, a possibility that regulates the Royal Decree-Law 6/2012 of 9 March, on protection of mortgagors without resources, which includes as an annex, and then Law 1/2013, of 14 May, of measures to strengthen the protection of mortgagors. This delivery stops the foreclosure and converts the conventional mortgage and the loan in a non-recourse debt and a non-recourse mortgage. In any case, many social groups contemplate this solution as a miracle cure, when in reality is nothing but a way to settle a series of uncollectible receivables, and its results are also more expensive loans.*

PALABRAS CLAVE: Hipotecas, hipotecas de responsabilidad limitada, ejecución hipotecaria, préstamo.

KEY WORDS: *Mortgages, Non-recourse mortgage, Foreclosure, Loan.*

SUMARIO: 1. EL ORIGEN DE LA FIGURA. 2. NATURALEZA: ¿QUÉ ES LA DACIÓN EN PAGO? 3. FIGURAS SIMILARES A LA DACIÓN Y MODALIDADES DE LA MISMA. 3.1. *La cesión de bienes.* 3.2. *La adjudicación en pago del bien hipotecado.* 3.3. *El desamparo del bien hipotecado.* 3.4. *La adjudicación al acreedor privilegiado en el procedimiento concursal.* 3.5. *La hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH.* 4. LA DESTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL: HACIA UNA SOCIEDAD IRRESPONSABLE. 5. CONCLUSIÓN.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la cátedra «Zaragoza Vivienda», *Vivienda y crisis económica*, código 26-481, financiado por la Universidad de Zaragoza y el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, investigador principal M^a Teresa Alonso Pérez. Recoge partes de la ponencia que, con el título *La dación en pago en la regulación más reciente*, presenté en el Congreso «Vivienda y crisis económica», celebrado en Zaragoza los días 3 y 4 de abril de 2014, adicionadas con otras derivaciones y nuevos datos.

1. EL ORIGEN DE LA FIGURA

Al participar en un reciente congreso sobre «Vivienda y crisis económica» tuve ocasión de estudiar la nueva regulación de la dación en pago introducida por el legislador español en el *Código de buenas prácticas* del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que recoge a este *Código* como anexo, y que luego la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, vuelve a publicar (con algún retoque).

Frente a la predicada novedad de esta regulación, encontramos el origen de algo parecido a esta dación ya en el Derecho romano, en la cesión de bienes como figura genérica. Además de la *cessio bonorum* existe una *datio* con finalidad solutoria y con un origen consuetudinario y aplicación judicial. Esta *datio in solutum* es voluntaria, por lo que necesita para producir el efecto de un pago del consentimiento del acreedor. Al lado de ella, señala BLANCH NOUGUÉS², hay también una llamada *datio in solutum necessaria*, impuesta por ley y que atiende sólo a la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor, arbitrando un procedimiento judicial que sustituye la ejecución de los bienes en la vía judicial ordinaria e impone al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*. El origen de esta figura se encuentra, nos dice el autor, en las Novelas de Justiniano, aunque también se cita el antecedente histórico de las medidas adoptadas por Julio César en el año 49 a. C., cuando se introduce el recurso de la cesión de bienes para que el deudor conservase su libertad y evitase caer en poder de su acreedor, siempre que la situación de insolvencia fuere fortuita o debida a una desgracia y no por mala fe, como relata EGUSQUIZA BALMASEDA³. Se trata por tanto de un recurso que aparece en épocas de crisis bélica (las guerras civiles, primero entre Mario y Sila, luego César y Pompeyo), pero con las consiguientes repercusiones en la economía y en el cumplimiento de las obligaciones. Como vemos se trata de una vía paralela a la ejecución, cuya finalidad radica en ahorrar costes cuando el deudor tiene bienes, en situaciones de crisis, lo que nos resulta conocido.

Estas ideas pasan a los textos históricos castellanos, así, nos dice SÁNCHEZ ROMÁN, el Fuero Real establece la regla de que si el deudor no puede cumplir la prestación, tendrá que cumplir la obligación entregando otra cosa de valor equivalente, lo que recoge la dación en pago necesaria del Derecho justinianeo. Luego las Partidas aceptaron la última fórmula del Derecho romano de admitir la cesión como recurso de los deudores para mantener la libertad de sus personas y no ser reducidos a prisión por insolvencia, como preveía el Fuero Juzgo. Como vemos es el mismo recurso romano de la entrega de bienes para no verse el deudor, además, encarcelado por deudas. Las Partidas hablan de «desamparar los bienes», y señala la primera de estas leyes en cuanto a la

² BLANCH NOUGUÉS, José María, «Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», *RJUAM*, nº 21, 2010-I, p. 35.

³ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Angeles, «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller coord., Tomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 61.

forma de efectuar este desamparo: «Desamparar puede sus bienes todo hombre que es libre e estuviere en poder de sí mismo o de otro no habiendo de que pagar lo que debe. E débelos desamparar ante el juzgador». Esto mismo aparece en la Novísima Recopilación, añade SÁNCHEZ ROMÁN, donde la cesión de bienes se contempla como medio de eludir la prisión, como en el Derecho romano, y salvo estas referencias no se recoge una regulación específica, aplicándose la de Partidas.

El Código civil no regula la dación en pago, ni la voluntaria ni la necesaria. Es posible la voluntaria, naturalmente, pues concurriendo el acuerdo de las partes en el *aliud pro alio*, ningún obstáculo puede haber en su aceptación. Pero para este resultado bastan las reglas generales y el uso de la autonomía de la voluntad. Explica BLANCH que la razón de la falta de regulación de la dación en pago en nuestro Código civil está en la doctrina francesa clásica (DOMAT, POTHIER), que sustentó una postura diferente a la europea de la época, negando que el *beneficium dationis in solutum* encontrase acogida en el Derecho francés, pues dicha institución resultaba contraria a los postulados del libre comercio al imponer el *aliud pro alio* al acreedor. Por ello no pasó al *Code Napoléon* ni a los códigos civiles europeos del siglo XIX. Esta influencia francesa explica la poca atención de la doctrina civilista española de los dos siglos pasados hacia esta figura, e igualmente el que tampoco se aluda a la dación en pago necesaria en nuestro Código Civil.

Sin una regulación general de la figura en nuestro principal texto civil, cabe sin embargo encontrar daciones en pago reguladas en otras leyes. Así, en relación a los tributos, se regula en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, una dación en pago de las cuotas tributarias de determinados impuestos, dación que regula con carácter general el artículo 73 de dicha Ley: «El pago de las deudas tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General».

Volviendo a la legislación civil, tenemos también una regulación de la figura en el Derecho foral navarro, en concreto en el Fuero Nuevo de Navarra, cuya ley 495 regula expresamente la dación en pago convencional. Pero la que nos interesa es la ley 493.2.2, que regula una *datio in solutum necessaria*, semejante a la del Derecho romano: «Asimismo, 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». Estamos ante una dación necesaria que, como dice EGUSQUIZA BALMASEDA, se podrá emplear para extinguir cualquier obligación de cantidad que pueda considerarse sujeta al Derecho Privado de Navarra.

Finalmente, también se enlaza con la dación en pago la hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 de la Ley Hipotecaria. En realidad, esta hipoteca no es una figura parecida a la dación en pago: es la propia dación en pago tal y como se diseña hoy en el *Código de Buenas prácticas*. Es decir, la denominación de la dación es la del

Derecho histórico, pero el molde sobre el que se construye es el de la hipoteca de responsabilidad limitada del 140 LH, puesto que se permite a los deudores hipotecarios y se quieren unos efectos coincidentes con los de esta hipoteca: limitar, tanto la responsabilidad como la deuda, exclusivamente a los bienes hipotecados, con el consiguiente efecto extintivo de la deuda con la ejecución de la garantía hipotecaria, y que sea por tanto sólo el bien el que responda; naturalmente ello conlleva la consiguiente quita de la deuda si el valor del bien se ha hecho inferior a la valoración de la deuda.

Como señala este artículo 140 LH: «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes». Es decir, que esta hipoteca se establece como excepción a la subsistencia de la responsabilidad patrimonial universal que predica el artículo 105 LH, reiterando el 1911 CC. Más que un tipo de hipoteca, consiste en un pacto de eliminación de la responsabilidad de bienes distintos del hipotecado, con la consecuencia de la limitación de la misma.

Es muy interesante el origen de este artículo 140. Esta hipoteca, o este pacto de limitación de la responsabilidad provienen de la reforma 1944-1946 de la Ley Hipotecaria, pero su origen está, según ROCA SASTRE⁴, en la ley cubana de 3 de abril de 1933, confirmada y ampliada por el Decreto-ley de 7 de enero de 1936, que adicionó a los artículos 1876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria de dicha nación varios preceptos en los cuales se dispuso que «el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase, ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fuesen objeto del contrato de hipoteca», y, en consecuencia, los jueces o tribunales no podían sustanciar procedimiento alguno dirigido contra otros bienes, presentes o futuros, del deudor, para hacer efectivas las obligaciones garantizadas por contratos de hipoteca. Pero además, y esto es particularmente revelador, dichas reformas se introducen en un contexto de crisis en Cuba en la que, en palabras del hipotecarista cubano AGUIRRE (recogidas por ROCA), «[...] la propiedad inmueble sufrió una desvalorización extraordinaria. Para evitar el cataclismo y ruina de la propiedad deudora, se dictaron varias disposiciones sobre moratoria hipotecaria, que suspendieron el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas con hipoteca y ordenaron el pago de un módico interés. La liquidación de tan oscuro proceso jurídico-económico tuvo lugar en virtud de la llamada moratoria constitucional establecida en la disposición transitoria del título IV de la Constitución de Cuba del año 1940». *Nihil novum sub sole*. Pero todavía más: la crisis de la vivienda se extendió a los alquileres, y ante la insolvencia e incapacidad de pago de muchos arrendatarios, «[...] a

⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, tomo VII, 8^a ed., Bosch, Barcelona, 1998, p. 616.

solicitud del llamado Comité Central de la Unión General de Arrendatarios, se promulgó el Decreto nº 2005, de 30 de septiembre de 1933, el cual consiguió una prórroga para los procesos de desahucio y las demandas de desalojo. En diciembre de ese mismo año se fijó la cantidad máxima permisible de procesos de desahucio y demandas de desalojo a 10 por juez y por día. En el año 1939 se congelaron los alquileres y se estableció legalmente un derecho a la vivienda y a la permanencia»⁵. En definitiva, las consecuencias de la Gran Depresión, que fueron muy importantes en Cuba.

Cabe un clarísimo paralelismo con nuestra actual crisis económica, con una identidad de soluciones. Podríamos pensar en un cierto equilibrio ecológico, en el sentido de adaptación, y pensar que instituciones como la dación en pago, o la limitación de la responsabilidad, son organismos que prosperan en un clima de crisis económica y se retraen en uno de prosperidad, para permanecer latentes hasta que una nueva crisis les hace renacer.

2. NATURALEZA: ¿QUÉ ES LA DACIÓN EN PAGO?

Para precisar los contornos de la nueva dación debemos detenernos en la consideración de la naturaleza de la institución, en la cual se opone la tesis de la dación como medio de pago a la que la entiende como negocio o contrato en el que es fundamental el acuerdo de voluntades. La explicación que tiene hoy mayor acogida en la doctrina, nos dice RIVERO, es la de la dación en pago, como negocio atípico. Estaríamos ante un medio de pago o mejor ante un sustitutivo del pago que se produce mediante negocio jurídico bilateral, ya que requiere acuerdo de *acreditor* y *solvens*. Sería un negocio atípico, oneroso (con prestaciones a cargo de cada parte) y con causa propia, *causa solvendi*, específica de este negocio que lo diferencia de cualquier otro. Como negocio atípico, con las notas dichas, la consideran la STS de 13 mayo 1983 y la de 27 septiembre 2002, al decir que «[...] es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación [...] lo que se conoce en la doctrina actual con el nombre de «subrogado en el cumplimiento», traducción literal de la palabra *Enfüllngssurrogate*⁶. Y taxativamente afirma: «[...] la doctrina mayoritaria, frente a quienes consideran la dación en pago como novación, la califica de modalidad o variante del pago». Más recientemente, la STS de 27 diciembre 2012 reitera: «la dación en pago, es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar». De negocio jurídico se pasa automáticamente a hablar de «contrato», así la DGRN en su Resolución de 28 de enero de 1999, muy claramente: «La dación en pago

⁵ TREFFTZ, Erich, «50 años de la ley de reforma urbana en Cuba. En el aniversario del cambio de paradigma», *Revista INVI*, nº 72/agosto 2011/,vol. 26: 19-62 (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-83582011000200002> [consulta: 6/ 08/2014]).

⁶ Esta palabra –remediando sus patentes errores ortográficos– es un término extraño al BGB; parece haberse fabricado a partir de *Erfüllung*, que significa «cumplimiento», y *Surrogat*, con el sentido de «sustituto» o «sustitutivo».

es un contrato cuya naturaleza es doctrinalmente discutida, por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos».

La naturaleza contractual de este negocio es evidente para la doctrina, calificándose de contrato nominado y atípico entre acreedor y deudor por el que se pacta una prestación distinta de la inicialmente convenida. En esta conceptualización negocial se desarrollan, nos dice CRISTÓBAL MONTES, las tesis de FERNÁNDEZ NOVOA acerca de la dación, considerando que no es un contrato real, pues se perfecciona en el momento en que acreedor y deudor convienen que la realización de la prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, y la realización de la misma supone tan sólo la ejecución o consumación de dicho contrato. Se trataría de un contrato atípico pero con cierta tipicidad social, cuya falta de regulación podría cubrirse con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. De «tipicidad práctica y jurisprudencial» habla RIVERO. Sobre si es o no un contrato oneroso, apunta FÍNEZ⁷ que esto lo determinará la onerosidad o no de la relación obligatoria preexistente, y que estamos ante un contrato de ejecución que encuentra su causa en la previa obligación.

En realidad, en cuanto concurso de voluntades sobre un cambio, la *datio* es, evidentemente, un contrato, que se rige por la voluntad real o presumible de las partes, pero muy específicamente por las normas de la compraventa y por las reglas generales de las obligaciones y contratos. Esto último es lo que más claramente aprecia actualmente el TS, pues la aproximación a una u otra figura lo que está buscando es encontrar una regulación aplicable, y así podemos verlo en la STS de 30 noviembre de 2000, que afirma que «se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas».

Esta naturaleza contractual de la dación en pago, su carácter voluntario, hace difícil calificar como tal la figura de dación recogida en el *Código de Buenas prácticas*. Todo lo más cabría extraer su carácter voluntario o acordado del hecho de la voluntariedad de la adhesión de las entidades bancarias a dicho *Código*, y su compromiso de aplicación.

⁷ FÍNEZ RATÓN, José Manuel, «La dación en pago», ADC, vol. 48, nº 4, 1995, p. 1478.

3. FIGURAS SIMILARES A LA DACIÓN Y MODALIDADES DE LA MISMA

3.1. *La cesión de bienes*

La cesión, a diferencia de la dación, sí se regula en el Código civil. Aparece como una de las formas de hacer el pago en el artículo 1175 CC: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del Título XVII de este Libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil». Cabe señalar las siguientes diferencias entre ambas figuras:

- La diferencia más importante entre la dación y la *cessio bonorum*, está en que la dación en pago tiene como efecto característico la transmisión inmediata de la propiedad del bien que se entrega a cambio (cuando es un bien), mientras que en la cesión de bienes el deudor lo que transmite a sus acreedores es el poder de gestionar la liquidación de los bienes cedidos para que con el importe de su venta cobren sus respectivos créditos.
- La dación cumple la función de pago, produciendo la extinción inmediata de la obligación preexistente y terminando así la responsabilidad del deudor, mientras que la cesión de bienes no tiene este efecto inmediato, sólo inicia un proceso que permite llegar a la extinción mediante la realización de los bienes y sólo libera al deudor —al final— por el importe líquido de lo cedido, subsistiendo su responsabilidad por la parte del crédito no cubierta. También por este motivo, cuando el importe líquido de los bienes cedidos alcanza una suma superior al importe de la obligación, el exceso debe ser reintegrado al deudor. La dación se caracteriza porque la extinción de la obligación se produce con independencia de la valoración del bien o de si se obtiene una cantidad suficiente para cubrir la deuda mediante la liquidación del bien.
- La cesión de bienes se produce en una situación de insolvencia del deudor, en el caso de la dación ello no es necesario: lo que le falta al deudor no son bienes, sino liquidez, proponiendo por ello la entrega de éstos en lugar de dinero. Produciéndose en la cesión esta situación de insolvencia suele haber una pluralidad de acreedores con los que el deudor celebra el convenio de cesión de bienes. En la dación en pago puede haber un solo acreedor o varios, pero tanto uno como otros son individualmente considerados, en el sentido de que a cada uno se le propone la entrega de bienes concretos en satisfacción de su crédito. Sin embargo SERRANO CHAMORRO⁸ opina que puede haber cesión *pro solvendo* aunque no haya insolvencia en el deudor y también aunque los acreedores no

⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a. Eugenia, *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 91.

sean varios, lo que nos lleva a diferenciar entre una cesión judicial y otra voluntaria o convencional. Ya CASTÁN TOBEÑAS distinguía la «cesión contractual» de la judicial, siendo la contractual la que se realiza por acuerdo de deudor y acreedor o acreedores, con las condiciones y efectos que se estipulen, y la judicial la que se realiza con intervención y aprobación de la autoridad judicial.

3.2. *La adjudicación en pago del bien hipotecado*

Es esta una posibilidad que se produce al final del procedimiento ejecutivo hipotecario, y también en el extrajudicial. Terminológicamente, LATOUR⁹ consideraba que era necesario distinguir la dación en pago de la adjudicación en pago, pues si bien ambas extinguen la obligación, no son sinónimas: Adjudicación en pago es una expresión que ha de reservarse para designar los actos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto de autoridad o funcionario, o por persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico. Dejando aparte los casos de adjudicación en pago de la parte del comunero en las operaciones divisorias, el autor considera como adjudicaciones las que se producen en los procedimientos de apremio, aunque rechaza la expresión «*datio in solutum* forzosa».

Trasladando la cuestión al tema de las ejecuciones hipotecarias, es sabido que en el momento de la contratación de la hipoteca se hace constar la valoración de la finca hipotecada; además, el procedimiento de embargo conlleva la tasación del inmueble por peritos y según valor de mercado (639 LEC). En el caso de que el procedimiento ejecutivo no haya generado en la subasta una cantidad, no ya suficiente, sino mínima para hacer frente a la deuda hipotecaria y los costes añadidos, la entidad crediticia dispone de la posibilidad de adjudicarse el bien hipotecado en los supuestos que señalan los arts. 670 y 671 LEC (reformados por la Ley 1/2013). Pues bien, esta adjudicación no es propiamente una cesión, pues quien la pide es el acreedor, y tampoco una dación, por lo anterior y por persistir la responsabilidad del deudor de no haberse obtenido dinero suficiente para extinguir la deuda. En rigor es un acto judicial por el que se consuma el trámite de apremio. De forma paralela, estas adjudicaciones pueden producirse también en el procedimiento de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulado en el artículo 129 de la LH, pudiendo el acreedor en el caso de que fracase la subasta, conforme al artículo 12 del RDL 6/2012 «[...] pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación».

Con las reformas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio y de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, entre otras, el legislador intenta impedir precisamente esto, que el ejecutante se adjudique en pago bienes cuyo valor sobrepase en exceso el montante de la deuda que se ejecuta (aunque la elevación de los porcentajes de licitación unida a la tremenda pérdida de valor de los inmuebles ha

⁹ LATOUR BROTONS, Juan, «Notas sobre la dación en pago», RDP, 1953, t. XXXVII, p. 633.

provocado la deserción de los concurrentes a las subastas, como advierte JIMÉNEZ PARÍS¹⁰). Se trata de evitar el perjuicio que se deriva para el deudor, especialmente por la posterior reclamación de la parte de deuda no cubierta.

3.3. *El desamparo del bien hipotecado*

El «desamparo» del bien hipotecado es una posibilidad que aparece en el artículo 126 de la LH, al señalar que si en el juicio ejecutivo se persiguen bienes hipotecados que hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurada con estos bienes si al vencer el plazo no paga el deudor después de requerido judicialmente o por notario. Este tercer poseedor tiene también que ser requerido, tras lo cual: «[...] deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 114, o *desamparar* los bienes hipotecados. Si el tercer poseedor no paga *ni desampara* los bienes será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor *desampare los bienes* hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo». Recientemente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA¹¹ trata de la figura, caracterizándola no como una renuncia ni abdicativa ni traslativa o un abandono del bien hipotecado, sino que el desamparo sólo deja el bien «en poder del deudor», como si fuera un administrador y representante forzoso, una suerte de curador, como entiende la doctrina francesa al amparo del artículo 2174 del *Code*. El desamparo del artículo 126 no implica renuncia a la titularidad del bien hipotecado, «[...] ni siquiera a su posesión, sino simple cesión de la administración del mismo a los solos efectos ejecutivos», como opina también la DGRN en antiguas resoluciones, así las de 27 abril 1921 y de 29 septiembre 1924. Es una figura que, por tanto, no puede confundirse con la dación en pago ni con la cesión de bienes para pago de las deudas, aunque la expresión «desamparo» nos haga suponer que hay una suerte de abandono de bienes.

3.4. *La adjudicación al acreedor privilegiado en el procedimiento concursal*

Al amparo de la regulación anterior de las insolvencias, así la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, era posible un acuerdo por el cual el deudor cediese parte o la totalidad de los bienes a sus acreedores, convenio de cesión que una vez aceptado por la Junta de acreedores liberaba al deudor del cumplimiento de sus obligaciones.

La Ley Concursal 22/2003 supuso una quiebra de la clásica distinción entre cesión de bienes voluntaria y judicial, al suprimir la suspensión de pagos y por tanto los

¹⁰ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», *RGLJ*, 2013, número 1, p. 56.

¹¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El desamparo del bien hipotecado: Una vieja cuestión de honor», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 853.

expedientes de quita y espera en los que frecuentemente se acordaban cesiones de bienes, pero sobre todo porque la ley prohibía expresamente en su artículo 100.3 la posibilidad de adoptar una cesión de bienes o dación en pago como posible solución del concurso y fuera del procedimiento de éste. Por el contrario, la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, introduce la posibilidad de una suerte de dación-adjudicación en el artículo 155.4 de la misma, relativo al pago de los créditos con privilegio especial: «La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado [...]» El legislador ha querido que la ejecución de los bienes que garantizan privilegios especiales no dependa del arbitrio del plan de liquidación o de la administración concursal sino que se haga con el conocimiento y aceptación de los acreedores privilegiados. No es el deudor quien propone esta solución, sino el acreedor privilegiado o la administración del concurso. La cesión la decide el juez, lo que aproxima esta figura a la adjudicación; sin embargo, la satisfacción del privilegio especial y consiguiente extinción del crédito nos lleva a la dación en pago, pues se trata de su efecto típico. Si queda un «resto del crédito» entonces estamos ante una dación de efecto parcialmente extintivo, con subsistencia de la responsabilidad sobre otros bienes y sin que, a diferencia de lo que ocurre con el deudor empresario, haya para el deudor-consumidor un *fresh start*, una exoneración liberatoria por el pasivo insatisfecho, como en otros ordenamientos.

3.5. *La hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH*

Ya se ha visto que esta hipoteca es el modelo para la dación en pago recogida en el *Código de Buenas prácticas*. Configurada en el ya citado artículo 140 LH como una excepción a la responsabilidad universal del deudor conforme al artículo 1911, limita dicha responsabilidad y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, al importe de los bienes hipotecados, sin alcanzar a los demás bienes del patrimonio del deudor.

En este momento hay que hacer notar que esta hipoteca se ha podido pactar perfectamente a lo largo de los últimos años, pues proviene de la redacción de 1946 de la LH, pero en la realidad económica vemos que nadie la pacta, pues disminuye la garantía al eliminar la subsistencia de la responsabilidad del 1911 CC, encareciendo el préstamo. Es lógico, si limitamos la responsabilidad al valor del bien hipotecado, cualquier disminución de dicho valor implicará la de la responsabilidad, y por tanto y si baja dicho valor por debajo del montante de la deuda, ello significa una quita para el deudor, porque no hay posibilidad de extender luego la responsabilidad por la parte de deuda no cubierta a otros bienes, muebles o inmuebles. En cualquier caso, implica menos garantía, lo que da lugar a mayor riesgo, y por tanto ello determina un mayor precio del dinero.

4. LA DESTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL: HACIA UNA SOCIEDAD IRRESPONSABLE

La respuesta de la sociedad española ante todos los problemas suscitados por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis económica ha sido exactamente la misma que la de una clase de niños de 6 años cuando se ha roto algo: buscar un culpable. Pasados ya unos años metidos en la crisis, la solución a los problemas de sobrevaloración de los inmuebles y exceso de oferta vendrá de la mano del mercado, o no vendrá, mientras que para el problema del impago de los créditos hipotecarios, se buscan soluciones que eviten el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda subastada, así como evitar la subsistencia de responsabilidad patrimonial sobre otros bienes (singularmente el salario del deudor) por la parte del crédito restante, responsabilidad que empobrezca a este deudor durante años. La dación en pago se quiere ver como una de las soluciones a este tipo de problemas.

Pero como veremos, todo se pone a cargo del «culpable», que es el banco, naturalmente, cuando lo realmente importante es determinar quién es el que acabará pagando los costes, como se verá. Implican además las recientes medidas una cierta quiebra del principio de la responsabilidad. Por su parte, CARRASCO PERERA¹² destacaba, en un artículo de opinión, que el rasgo principal de las reformas en tema de ejecución hipotecaria es el apesuramiento y la vulneración de derechos constitucionales: «Es indicativo del grado de podredumbre moral de este país que nadie se haya preguntado qué anclaje constitucional tiene obligar a los bancos propietarios de viviendas adjudicadas a que soporten la posesión precaria, irrestricta y gratuita por dos años de una familia o un tipo que les debe dinero». Y, en el caso de la dación, aceptar el Banco el cambio del objeto de la obligación renunciando al cobro del crédito, a cambio de una vivienda que, sin duda, no le interesa.

Culpando a los bancos, critica ZUNZUNEGUI¹³ la recapitalización y ayudas a la banca y afirma: «La situación actual requiere extender los beneficios que ya recibe la banca al otro lado de la relación, al cliente sobreendeudado que va a perder su vivienda con riesgo de exclusión social y financiera». También algunas decisiones calificadas de innovadoras han optado por esta culpabilización, así el auto de la Audiencia Provincial

¹² CARRASCO PERERA, Ángel, «La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 854, 5 de diciembre de 2012.

¹³ ZUNZUNEGUI, Fernando, «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», *RDBB*, núm. 129 / enero-marzo 2013, p. 39. Más adelante (p. 48) pasa a considerar al Banco directamente como el malo de la película, y al cliente como a un disminuido mental al que hay que proteger de si mismo: «Está muy extendida la opinión de que el problema del sobreendeudamiento familiar con las consecuencias catastróficas que está teniendo es una responsabilidad compartida entre clientes y entidades de crédito... La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaria es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones».

de Navarra de 17 de diciembre de 2010, que denegando la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor, y por tanto la responsabilidad patrimonial del 1911 CC, convierte la adjudicación en una dación en pago, o una hipoteca «normal» en otra de responsabilidad limitada del 140 LH. Un argumento de refuerzo para este tipo de decisiones, que va ganando peso, es el del «derecho (constitucional) a la vivienda» Ya BASSOLS COMA¹⁴ advertía que este derecho puede traer causa «[...] precisamente de la pérdida de una vivienda anterior, decretada judicialmente por impago de rentas o intereses hipotecarios». Esto por generar la situación de «exclusión» o «vulnerabilidad» un derecho de ayudas a la vivienda (vía subvenciones o viviendas sociales), o ahora por impedirse el lanzamiento; habla el autor de una «judicialización del acceso a una vivienda», que más bien significa una concesión judicial de la misma precisamente cuando ésta se ha perdido. Por su parte el Defensor del pueblo, en su Informe *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, (pp. 84 y ss.) propone esta dación después de imputar a los bancos una política agresiva de concesión de préstamos hipotecarios: «[...] parece evidente que la responsabilidad por el impago de las cuotas hipotecarias no puede trasladarse con carácter exclusivo al deudor, ni condenarle al extremo de que cualquier riqueza posible que genere se deba destinar, igualmente, a la cobertura de este préstamo. Si el deudor firmó un contrato de préstamo hipotecario fue no solamente por el ejercicio de una voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y las condiciones de acceso a los préstamos eran las más laxas de toda la historia. Tipos de interés reducidos, alargamiento de la vida de los préstamos» (p. 82). Es decir, se está reprochando a los bancos el ofrecer dinero en buenas condiciones.

Un magnífico ejemplo de esta forma de pensar, que enlaza con la hipoteca de responsabilidad limitada, lo recoge GONZÁLEZ CARRASCO¹⁵, al criticar un reciente auto del Juzgado núm. 7 de los de Collado-Villalba, de fecha 5 de septiembre de 2013, declara la improcedencia de ejecución hipotecaria por la existencia de cláusulas abusivas contenidas en su título. Pues bien, una de las afirmaciones más erróneas del Auto es la que declara abusiva la cláusula de responsabilidad universal del deudor «en contra de lo dispuesto en el artículo 140 LH» por no haber advertido al prestatario suficientemente de esta circunstancia. Nos dice la autora: «Causa sonrojo tener que explicar que, hoy por hoy, la regla general sobre la que se cimenta nuestro sistema hipotecario es precisamente la responsabilidad universal del deudor con todos sus bienes (art. 105 LH, que se remite al art. 1.911 CC); regla que el artículo 140 LH no deroga, sino que simplemente permite excluir por pacto, sin que pueda entenderse en modo alguno que dicho artículo consagra el principio de responsabilidad limitada a los

¹⁴ BASSOLS COMA, Martín, «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», *RGLJ*, 2011, número 1, p. 17.

¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a Carmen, «Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en Materia de cláusulas abusivas hipotecarias: juzgado 7 Collado-Villalba» (blog de la Revista Cesco: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10/Una-carrera-hasta-el-fondo-de-la-degradaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-en-materia-de-cl%C3%A1usulas-abusivas-hipotecarias-Juzgado-7-Collado-Mediano.pdf> [consulta: 6/8/2014].

bienes hipotecados, que en nuestro ordenamiento es de voluntaria aceptación por las entidades bancarias a través de su adhesión a los códigos de buenas prácticas derivadas de las medidas de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, y ello solamente bajo ciertas condiciones. Precisamente, las instrucciones para cumplimentar la Ficha de Información Personalizada (FIPER) exigen de la entidad precisamente lo que ha hecho, puesto que en la secc. 12 de la FIPER, titulada «incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el cliente», se expresarán de forma destacada las consecuencias graves, especialmente, los efectos de la ejecución hipotecaria y de la responsabilidad ilimitada del cliente».

5. CONCLUSIÓN

Mediante la dación en pago en el *Código de buenas prácticas* lo que se ha introducido en realidad no es una dación, sino algo semejante a la dación en pago necesaria del Derecho romano, que prescinde de su aceptación por el acreedor y desconoce así el carácter negocial de la figura, y que conlleva una quita de la deuda si el valor de lo dado no alcanza a cubrir el total de la deuda. Como esta dación es consecuencia del incumplimiento de una deuda hipotecaria, convierte a la hipoteca en hipoteca de responsabilidad limitada, y vulnera (otros dirían: «supera») el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. Pero sobre todo los orígenes históricos de la figura nos han mostrado que la dación no es una solución a la crisis, sino un síntoma: es simplemente la respuesta jurídica a las crisis económicas y a la situación de desvalorización de los inmuebles en una sociedad, del mismo modo que la fiebre y los estornudos son síntomas de un catarro. Pensar que con la dación necesaria se va a solucionar la crisis es como pensar que el síntoma es la terapia. Quizá la buena noticia sea que algunos síntomas, como la fiebre, sí que contribuyen, si el paciente la soporta, a que la enfermedad haga crisis, y se sane. En este contexto, la dación necesaria no es ni buena, ni mala: es inevitable.

Pero según lo visto, la funcionalidad de la dación necesaria es sólo para estas situaciones de crisis: en épocas de normalidad, la figura debe retraerse a sus contornos más propios y precisos, los de la dación convencional, y la dación necesaria debe volver a su nicho ecológico, que es la crisis.

En nuestra actual situación de crisis, las daciones en pago con efecto extintivo de la responsabilidad patrimonial han propiciado remisiones de deudas, para evitar, según se dice, que la misma siga gravitando sobre el deudor como una losa que le impida salir de su situación de «exclusión». Es decir, que se está facilitando lo que se conoce como *fresh start*, común a otras legislaciones, como las de Francia, EEUU, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria o Finlandia.

Ahora bien, en estos países, nos confirman SERRANO, ANGUITA y ORTEGA¹⁶, la liberación de deudas no supone un derecho absoluto del deudor, estableciendo todos ellos «[...] requisitos y presupuestos con diferente grado de amplitud o exigencia, destinados, principalmente, a evitar utilizaciones abusivas o fraudulentas que produzcan el efecto contrario al realmente perseguido». En algunos casos la remisión de la deuda se produce tras el correspondiente concurso, y en otros rige la cesión de la parte embargable de las rentas disponibles o créditos futuros del deudor durante un plazo de cinco o seis años a un fiduciario designado por el juez para proceder al pago a los acreedores.

La idea de la responsabilidad de los Bancos se halla firmemente asentada, ya se ha visto, y también la de la superación del principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC. Lo relevante sin embargo es saber quién paga esta remisión de deudas. Y frente a la opinión general, la dación no va a ser soportada por los bancos, como comúnmente se cree, sino por la sociedad en su conjunto. Esto mismo, según datos económicos, es lo que ocurrió en Finlandia con su Ley de deudas de 1993, donde fueron los ciudadanos, a través del pago de impuestos, los que, en último término, se hicieron cargo de las deudas condonadas. Sea por vía del rescate bancario, que se nutre de deuda pública y por tanto de impuestos, sea por la vía del encarecimiento de créditos y servicios bancarios, la cuenta la vamos a pagar todos. Es decir, que se piensa en favorecer la irresponsabilidad y lo que se logra es extender la responsabilidad de unos pocos a toda la sociedad.

Esto último puede ser especialmente negativo si la dación necesaria sobrepasa su ámbito propio, sale de su nicho ecológico y se asienta con una ley que haga regla general a la hipoteca de responsabilidad limitada. Económicamente, el resultado de limitar la responsabilidad patrimonial universal es empeorar las condiciones del crédito, y en ciertos casos favorecer las insolvencias estratégicas, esto es, cuando el bien hipotecado tiene un valor inferior al de mercado, es más ventajoso para el deudor dejar de pagar y adjudicar el bien a la entidad financiera, extinguiendo la deuda y dedicando su dinero a inmuebles no sobrevalorados, esto es, a comprar por el precio real. Añade Fernando P. Méndez, exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, en unas jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona: «El principio de responsabilidad patrimonial universal se ha utilizado para sustituir al de prisión por deudas y, en segundo lugar, sirve para facilitar el crédito y, por lo tanto, para hacerlo más accesible, especialmente a los ciudadanos con menos recursos. La garantía hipotecaria, además, refuerza las posibilidades de cobro del acreedor, lo cual permite obtener más capital a menor interés, con un plazo de amortización más largo y, por lo tanto, con unas cuotas de amortización más accesibles». En particular, sobre la hipoteca de responsabilidad

¹⁶ SERRANO GÓMEZ, Eduardo, ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física (I)», en *Familia y concurso de acreedores*, Matilde Cuenca coord., Civitas- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 35.

limitada, advierte que las entidades financieras y los deudores no hacen uso de esta hipoteca, sencillamente, porque no les conviene: «El acreedor debería compensar la disminución de garantías concediendo menos capital a mayor interés y por menos tiempo», o sea, encarecería el crédito.

Concretando, el crédito barato es el hipotecario reforzado con la garantía universal del 1911 CC. Si se elimina esta garantía, se encarece el crédito, lo que nos llevará a un sistema en el que no habrá crédito barato, no habrá crédito popular. Si la dación necesaria se impone como regla, convirtiendo la hipoteca en hipoteca de responsabilidad limitada, el crédito volverá a ser una operación propia de empresas. Para evitar esto hay que entender que la dación necesaria es una institución propia de una economía de crisis, que se utiliza cuando ya no queda otro remedio porque no existen otros bienes del deudor y sus recursos futuros son dudosos. Si se mantiene dentro de sus estrictos límites, permitirá dar por terminadas operaciones que de otra forma caerían en el cajón de los incobrables. Si se extiende como posibilidad general, puede generar consecuencias socialmente negativas. Cuando, frente a razonamientos como los que se hacen en este trabajo, se oponen razones emocionales, como el decir que de qué le valen estas explicaciones al parado que pierde su casa, yo prefiero pensar en los hijos de este parado, y favorecer un sistema en el que ellos tengan una oportunidad de acceder a la propiedad de una vivienda.

Fecha de recepción: 28 abril 2014

Fecha de aceptación: 22 julio 2014