

## LA DACIÓN EN PAGO: ¿UNA SOLUCIÓN EFICAZ A LA SITUACIÓN SOCIO ECONÓMICA DEL DEUDOR INMOBILIARIO?

M<sup>a</sup> Soledad de la Fuente Núñez de Castro

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Málaga

**Resumen:** La realización del valor del inmueble dado en garantía real en la concesión de un préstamo hipotecario, en muchos casos, resulta insuficiente para cubrir el valor de la deuda contraída. El deudor sigue debiendo por el resto y lo hará indefinidamente ante la falta de medios para la subsistencia. La dación en pago puede ser un medio alternativo a la insolvencia del deudor inmobiliario.

**Palabras Claves:** deudor inmobiliario, insolvencia, ejecución hipotecaria, dación en pago.

**Title:** The property given in payment may be an efficient solution for the financial position of the real-state debtor?

**Abstract:** The proceeds achieved as a result of the enforcement of a security right encumbering a real estate are often insufficient to repay the mortgage loan. The debtor indefinitely continues owing the rest, since he has no means for subsistence. Assigning the property in payment may be an alternative possibility to the real-state debtor's insolvency.

**Key words:** real-state debtor, insolvency, mortgage enforcement, *datio in solutum*.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Punto de partida: delimitación del supuesto de hecho y legislación aplicable. 3. Soluciones judiciales. 4. Pronunciamientos en sentido inverso. 5. La dación en pago: ventajas e inconvenientes.

### 1. Introducción

En los últimos meses ¿quién no ha oído hablar de la dación en pago? Una consulta a cualquier página de un diario que aborde el tema de los desahucios

tan florecientes en nuestro país, necesariamente va vinculada a la dación en pago como medida alternativa a los mismos.

La insolvencia de multitud de adquirentes de inmuebles ha forzado a las entidades financieras a la adjudicación de la vivienda que ofrecieron como garantía real para la concesión de su préstamo hipotecario. Sin embargo, el precio alcanzado con el remate, en muchas ocasiones, no satisface la totalidad de la deuda no cancelándose la misma y, por tanto, adicionándose nuevos y elevados intereses de demora que hacen que la deuda se eternice, imposibilitando al deudor el empezar de nuevo.

Esta situación ha conllevado dramáticas situaciones conocidas por todos, así como una fuerte presión social encabezada por las plataformas de afectados, que demandan al poder legislativo una solución rápida y eficaz. Ello ha obligado a las distintas partes implicadas en el asunto (poderes legislativo, ejecutivo y judicial, patronal de la banca y afectados) a adoptar distintas medias y a proponer y discutir otras en un futuro próximo. Entre estas medidas destaca la dación en pago destinada a paliar, en parte, las negativas consecuencias de un procedimiento de ejecución forzosa. Por ello, el Real Decreto Ley 6/2012 ha regulado la llamada dación en pago legal para diferenciarla de aquella otra que desde siempre ha existido en nuestro ordenamiento, pero de carácter voluntario por decisión de las partes implicadas. Supone el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, mediante la entrega al acreedor de un bien o cosa diferente a la pactada. En nuestro caso, la entrega del bien en lugar de la obligación dineraria que supone la restitución de un préstamo hipotecario. En este trabajo pretendemos llevar a cabo una reflexión sobre las ventajas e inconvenientes que la dación conlleva. Ello nos obliga al estudio de todo el procedimiento previo e implícito a la adopción de esta medida finalizando con un análisis de los pros y contras que acarrea para todos los agentes implicados.

## **2. Punto de partida: delimitación del supuesto de hecho y legislación aplicable**

Hemos sido muchos los españoles que durante los años de bonanza que han precedido a la actual crisis financiera que estamos padeciendo los que, confiados en la seguridad económica que creíamos tener, nos decidimos por llevar a cabo el desembolso económico de mayor trascendencia en nuestras vidas: la adquisición de un inmueble destinado, en muchas ocasiones, a la vivienda habitual de nuestras familias. Una vez que, entre las múltiples ofertas de nuestro mercado inmobiliario, elegimos las más acorde con nuestras preferencias y posibilidades, en la mayor parte de los casos nos vemos obligados a solicitar un crédito o préstamo a una entidad financiera para poder hacer efectiva la adquisición. Con este propósito la entidad financiera lleva a cabo una tasación del inmueble, es decir, una valoración del mismo que será determinante para fijar la cantidad que el banco o la caja de ahorros prestará.

Al solicitante del préstamo lo que más le interesa es que este valor se aproxime lo máximo posible al precio de venta del inmueble, pero no tiene por qué

coincidir. De hecho lo más habitual es que la entidad financiera ofrezca un préstamo cuya cantidad se corresponda con el 70% o el 80% del valor de tasación del inmueble. Por el resto, es decir, por el 20% o el 30% restante el adquirente del inmueble habrá de buscar otro medio de financiación. El límite del 80% viene exigido por el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario reformada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Este precepto prevé que, a efectos del mercado hipotecario, no se puede conceder una hipoteca por un importe superior al 80% del valor de tasación. Es decir, cuando la entidad financiera concede un préstamo garantizado con una hipoteca sobre un bien inmueble lo hace partiendo de la premisa de que el mismo está asegurado hasta el 80% de su valor de tasación. A estos efectos ha sido una práctica habitual seguida por las entidades financieras sobrevalorar el inmueble de modo que el 80% del valor de tasación, en realidad, cubría el 100% del precio real de adquisición.

Lo que hemos solicitado al banco o a la caja de ahorros es un préstamo hipotecario, es decir, un préstamo cuya garantía real lo constituye el inmueble que vamos a adquirir. Esto significa que, en caso de impago, se realizará el valor del inmueble como garantía que es de una obligación pecuniaria a través del procedimiento que, a estos efectos, estipula nuestra legislación.

Consecuentemente, en todo préstamo hipotecario coexisten dos obligaciones: de un lado una obligación principal, el préstamo que hemos de devolver a la entidad financiera en el tiempo y forma estipulado y, de otro lado una obligación accesoria, la hipoteca, que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, de constitución registral, recayente sobre un bien inmueble ajeno al banco y enajenable que permanece en posesión del propietario.

Ahora bien, si el préstamo concedido por la entidad financiera no cubre la totalidad del valor de tasación del inmueble que recordemos puede coincidir o no con el precio de adquisición del mismo el adquirente ha de encontrar para el resto medios de financiación alternativos cuando su patrimonio es insuficiente para cubrir esa cantidad. Una vez que el adquirente del inmueble presenta las garantías, en este caso reales, necesarias y la entidad financiera las valora positivamente se le concede el préstamo solicitado con la obligación de devolverlo puntualmente en el tiempo y forma estipulado en la escritura de constitución del mismo.

Sin embargo, la crisis económica en que nos vemos inmersos ha desencadenado el incumplimiento de estas obligaciones: el desempleo y con ello la disminución del poder adquisitivo es causa directa del impago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la concesión de un préstamo hipotecario. A la entidad financiera le es indiferente el alcance objetivo del impago producido pudiendo darse una ausencia (impago total) o insuficiencia (impago parcial) en las cantidades adeudadas por el deudor al acreedor hipotecario. De hecho, en las escrituras públicas de garantía hipotecaria se indica como causa de reclamación anticipada para poder acceder al proceso judicial de ejecución hipotecaria el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pagar cualquiera de las cuotas

pactadas, incluso de una parte de una de ellas. Los motivos de ejecución hipotecaria no se definen expresamente en la normativa procesal sino que implícitamente se remiten a lo pactado entre las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si bien es cierto que, en el ámbito trabajado, escritura de venta y préstamo hipotecario, los negocios jurídicos no son negociados por las partes sino que suelen ser predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que explica los habituales desequilibrios y abusos que concurren independientemente de la intervención subsiguiente de Notario y Registrador. Ahora bien, el impago de cualquiera de las cuotas pecuniarias a las que resulta obligado el deudor es el presupuesto de hecho para que el acreedor solicite la vía judicial ejecutiva sin entrar a valorar circunstancias personales en el incumplimiento de la obligación contraída.

Con esta finalidad nuestro legislador ofrece distintas opciones:

- a) Procedimiento declarativo ordinario o común
- b) Procedimiento ejecutivo ordinario
- c) Procedimiento extrajudicial
- d) Procedimiento ejecutivo especial directo sobre los bienes hipotecados, siendo éste el más habitual seguido en la realización del valor del inmueble ofrecido en garantía.

La ejecución hipotecaria se configura como un proceso de ejecución de carácter especial únicamente aplicable cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 682 LEC dirigido exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de una deuda. Junto a ello es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en el que los interesados fijan el bien para que sirva de tipo en la subasta y que en la citada escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Por lo tanto, la sola omisión de cualquiera de estos requisitos impedirá la utilización de este procedimiento decayendo para la entidad financiera la posibilidad de incoar un procedimiento privilegiado para la tutela de su pretensión ejecutiva –si bien algunos autores y pronunciamientos judiciales participan de la posibilidad de subsanación de dicha omisión con el fin de que la ejecución pueda seguir los cauces del procedimiento ejecutivo especial- viéndose entonces obligado el acreedor a seguir cualquiera de las otras vías procesales para el resarcimiento de su crédito.

No obstante, situémonos en la hipótesis del correcto cumplimiento de las exigencias del artículo 682 de la LEC interponiéndose demanda ejecutiva contra el deudor ante los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde se localice el inmueble hipotecado. Notificada la demanda y requerido de pago el deudor, el bien es subastado. Es en este punto donde adquiere vital importancia la valoración que se hizo del inmueble y que exigía el artículo 682 LEC para incoar

el procedimiento especial. La referida valoración constituye el valor mínimo por el que tanto un tercero como la entidad financiera pueden adjudicarse el inmueble subastado.

Nuestra legislación solo contempla la adjudicación en pago al acreedor, es decir, a la entidad financiera como un medio de realización forzosa de carácter subsidiario que únicamente entra en juego cuando la subasta no alcanza las condiciones establecidas en la LEC como idóneas o cuando fracasa del todo.

En este sentido el artículo 670.4 LEC permitía que el ejecutante se adjudicara el bien subastado por el 70% de su valor o por la cantidad que se le debiera en todos los conceptos, siempre que esta cantidad fuese superior a la mejor postura, si la mejor puja de la subasta no superaba el 70% del valor del bien y el ejecutado no había presentado a un tercero que mejorase el resultado de la subasta. Este apartado 4 del artículo 670 LEC fue objeto de revisión y reforma por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios. Todavía, sin contemplar la dación en pago, nuestro legislador quiso aliviar la situación del deudor cuando el valor de adjudicación de la vivienda no basta para cubrir la deuda hipotecaria impagada. La modificación introducida consiste en limitar la posibilidad del ejecutante de adjudicarse el bien en pago por la cantidad que se le deba en todos los conceptos siempre y cuando *"esta cantidad sea superior al 60% del valor de tasación y a la mejor postura"*. Con esta reforma el legislador trata de impedir que el ejecutante se adjudique en pago bienes cuyo valor rebase notoriamente la deuda en virtud de la que se ejecuta evitando la sobrevaloración de los bienes por el posible perjuicio que pudiera causar ante un hipotético proceso de ejecución posterior.

Del importe de adjudicación del inmueble puede derivarse la siguiente casuística:

- a) Que el importe por el que ha sido adjudicado el bien inmueble cubra la totalidad de la deuda reclamada por la entidad financiera
- b) Que el rédito económico obtenido con la realización del bien hipotecado no sea suficiente para cubrir la totalidad del montante del crédito del acreedor.

En este último caso el artículo 579 de LEC permite que el ejecutante pueda pedir el embargo por la cantidad que falte –en virtud de la escritura pública, título ejecutivo reconocido por el artículo 517 LEC- prosiguiendo la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Por lo tanto, el acreedor ejercitará dos acciones diferentes para obtener la satisfacción de su derecho. Por un lado, la acción ejecutiva hipotecaria que deviene insuficiente por tener como límite de la ejecución el bien objeto de garantía y, por otro, la acción ejecutiva ordinaria dirigida contra la totalidad de la masa patrimonial del deudor en base a las previsiones del artículo 1911 del CC que establece la responsabilidad universal del deudor quien habrá de responder por su deuda con todos sus bienes presentes y futuros pues, como bien establece el artículo 105 de la LH, la constitución de una hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor. Procesalmente hablando se lleva a cabo una concatenación

de procesos: por un lado, un proceso de ejecución hipotecaria dirigido exclusivamente contra el bien gravado y, de otro, uno de ejecución dineraria ordinario, dirigido contra la globalidad del patrimonio del deudor hipotecario.

Como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2004 *"la entidad financiera tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento"*.

El primero de ellos, del que deriva la acción hipotecaria se concreta en la escritura de constitución de la hipoteca siempre que se cumplan los requisitos del artículo 682 de LEC y, el segundo de ellos, del que se deriva la acción ejecutiva personal, la escritura reconocida en el artículo 517 de LEC.

Por lo tanto, adjudicado el bien a la entidad financiera por no alcanzar la subasta las condiciones requeridas o por ausencia de postores, la extinción de la hipoteca puede no extinguir automáticamente la obligación pecuniaria principal que garantizaba. De hecho, seguirá subsistiendo por el resto que no se ha visto satisfecho con la realización del bien ejecutado.

No podemos olvidar que la ejecución del bien tiene en su origen una serie de pagos vencidos y no satisfechos por el deudor en tiempo y forma. Estos impagos devengan intereses de demora que habrán de adicionarse al resto debido de la obligación pecuniaria –capital prestado más intereses pactados-. El deudor se ve privado del bien inmueble, pero además, para el caso de que lo obtenido con la venta sea insuficiente, el acreedor podrá perseguirle indefinidamente contra todos sus bienes e ingresos, presentes y futuros, hasta el completo abono de la cantidad prestada que, en muchos casos, no se limita al capital y a los intereses sino que incluye otros muchos conceptos económicos.

### **3. Soluciones judiciales**

La aplicación literal de estas disposiciones legales ha llevado a lo que se ha denominado "el drama de los desahucios", tristemente causante de decisiones muy trágicas y dramáticas entre la población afectada por los mismos.

Muchos de los Magistrados y Jueces que integran nuestro Poder Judicial no han podido permanecer impasibles ante esta situación. De hecho, operadores del Derecho que se enfrentan día a día al drama del desahucio han buceado en la legislación y han aplicado nuevas fórmulas en su intento de evitar que el número de personas que quedan en la calle siga creciendo. Su labor ha de ser resolver conforme a justicia, equidad y coherencia, sin saltarse la ley, pero sí matizándola.

A continuación sintetizaremos algunos de los pronunciamientos que en este sentido han emitido Jueces y Tribunales.

La Comunidad Foral de Navarra fue pionera en estas actuaciones. Así, el Auto de 1 de marzo de 2010 declara no haber lugar al procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicitaba en su escrito ya que de lo contrario concurriría una situación de abuso de derecho beneficiosa para la entidad

acreedora. Consideró la Audiencia que la cantidad por la que se podía proseguir la ejecución era la que resultase de restar a la cantidad de tasación, la reclamación por principal al ser ésta inferior al valor de tasación, pues si bien el adjudicatario paga por el bien *"una cantidad ligeramente superior al 50% del valor de tasación, en su patrimonio no entra con tal valor sino con el real de mercado"*. La parte ejecutante logra la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se mostraba abusiva para el caso concreto y no solo por los principios que inspiran el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, sino por *"los principios del artículo 11 LOPJ que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho como sería el hecho de que el bien adquirido por el ejecutante tiene un valor superior a la deuda del principal. El ejecutante se extralimita en su petición por lo que la Ley debe privarle de protección al suponer un perjuicio para el ejecutado"*.

El Auto de 17 de diciembre de 2010 también de la Audiencia Provincial de Navarra resuelve en sentido idéntico al anterior, ya que las situaciones de hecho de uno y otro fueron completamente equiparables. Considera la referida resolución que *"no es oportuno continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo se ha adjudicado en la cantidad de 42.895 euros, pero lo cierto es que el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido"*.

Existen resoluciones posteriores en las que se siguió el criterio de la Audiencia Provincial de Navarra. En este sentido una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 7 de abril de 2011 impidió a la entidad crediticia adjudicarse el bien inmueble por un precio inferior al de tasación, obtener un beneficio adicional revendiéndolo a un tercero y, además, seguir persiguiendo al deudor que no podía abonar las cuotas. La sentencia deja sin efecto la ejecución hipotecaria de una vivienda que se tasó en 325.000 euros y que el Deutsche Bank se adjudicó por 162.500 euros. Considera la sentencia que *"se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera"*.

Un Auto del Juzgado nº3 de Torrejón de Ardoz en Madrid de 10 de enero de 2012 habla de "enriquecimiento injusto" de Caja Madrid, hoy Bankia, por adjudicarse un inmueble por la mitad de su valor. El Magistrado Ponente hablaba de *"ejercicio abusivo y antisocial"* del Derecho, comparado la situación financiera con el Crack de 1929. En opinión del ponente la aplicación de la legislación *"conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, de la causación de la crisis"*, permitiéndole adquirir la vivienda por un precio irrisorio. El juez concluye que permitir que el Banco reclamase además la deuda del desahuciado era amparar una operación *"que no difiere mucho de la usura"*.

Entre las resoluciones imaginativas se ha de destacar el Auto de la Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Elche en el que se supedita la entrega del inmueble al Banco Popular a que la entidad financiera explicara el uso que iba a darle. La Juez instaba a que hasta que el inmueble no fuese vendido a una tercera persona o arrendado, los desahuciados debían permanecer en el inmueble pagando un alquiler.

En esta línea destaca la cuestión de inconstitucionalidad recayente sobre los artículos 695, 698 y 579 de LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la vivienda digna (art. 47 CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE) planteado por el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010. La consideración conjunta y concatenada de ambos procedimientos, el especial y el ordinario, y su efecto directo sobre la disposición de la vivienda habitual fueron los motivos que llevaron al Magistrado a plantear serias dudas sobre los referidos preceptos.

Esta cuestión de inconstitucionalidad tuvo su origen en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra una señora mayor que suscribió la escritura de un préstamo hipotecario, sin comprender ni conocer el alcance del contrato. La referida ejecutada ante la imposibilidad de cambiar de vivienda acude a una inmobiliaria donde le informan que vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda pagando una pequeña hipoteca. Queda concertado que ambas operaciones, compraventa e hipoteca, se celebraran el mismo día. No obstante, debido a ciertas dificultades económicas motivadas por la situación del mercado inmobiliario la vivienda de la ejecutada no se vendió el día fijado. La inmobiliaria planteó entonces la posibilidad de que la ejecutada solicitase un crédito por 157.000 euros –a parte del que inicialmente iba a solicitar por el resto hasta completar los 310.500 euros del precio de adquisición de la nueva vivienda- con la garantía de la vivienda que pretendía vender devolviendo el crédito un año después. Dado los ingresos de la ejecutada, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria, podían prever que no se realizaría el pago sino se lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no solo concertó esa operación sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito por 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compraba. Las condiciones y plazos en las que se concedieron ambos créditos eran abusivas y temerarias: concesión de una hipoteca como medio de financiación temporal con la sujeción a la condición de que vendiera la primera vivienda, hecho que no dependía únicamente de la ejecutada al intervenir factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso a los créditos.

Plantea el Magistrado si el derecho a la tutela judicial efectiva de la ejecutada resulta vulnerado ante la imposibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta hechos posteriores a la emisión de los documentos que le son presentados, al haberse suprimido el requerimiento previo al despacho de ejecución que reconocía el antiguo artículo 131 LH, trámite procesal que permitía al deudor las alegaciones que considerase oportunas –en este caso la existencia de una



cláusula de amortización de carácter abusivo que exige el reintegro en un pago único del capital más los intereses-. Actualmente la LEC solo exige que en la demanda ejecutiva se exprese la cantidad reclamada. Con la regulación vigente el Tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar el incumplimiento o si en la suscripción del crédito hipotecario, se produjo algún vicio del consentimiento invalidante. Por lo tanto, despacha ejecución sobre la base de las alegaciones efectuadas exclusivamente por el ejecutante. No parece razonable ni constitucional en atención a los bienes e intereses afectados –al tratarse el inmueble ejecutado la vivienda habitual del deudor- el seguir un régimen procesal en el que se permita, con independencia absoluta de las circunstancias concurrentes, que el Tribunal no tenga conocimiento de los antecedentes fácticos relevantes, como presupuesto para el despliegue de la garantía hipotecaria.

Considera el Magistrado que la opción regulada por el artículo 698 LEC no salva la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante al permitir que cualquier reclamación del deudor pueda ventilarse por el juicio declarativo que corresponda sin que, en ningún caso, se suspenda o entorpezca el procedimiento ejecutivo. De hecho, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un proceso declarativo ulterior, ajeno a la ejecución, son muy escasas, entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que está pasando el deudor. Por lo tanto, no es efectiva ni suficiente la tutela propuesta por el mencionado precepto.

Abunda en la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva el contenido del artículo 579 LEC en cuanto dispone que, ante la insuficiencia del valor obtenido en la subasta de los bienes hipotecados o pignorados, se concatena al procedimiento especial de ejecución hipotecaria, otro de ejecución ordinaria por la cantidad que falte para cubrir el importe reclamado prosiguiéndose la ejecución con arreglo a "*las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*". La remisión al procedimiento ejecutivo ordinario debería suponer una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutor –no ya hipotecario, sino ordinario- a tenor del sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales. Sin embargo, la práctica forense mayoritaria rechaza esta posibilidad por lo que, de nuevo, el deudor tiene vedada la posibilidad de justificar las causas objetivas y subjetivas de su insolvencia, circunstancias que en opinión del Magistrado ponente del Auto supondría una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.

En conclusión, la cuestión plantea la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria o el contenido abusivo de las cláusulas contractuales, lesionando el derecho de la parte ejecutada a una tutela judicial efectiva y el derecho constitucional a una vivienda digna.

#### 4. Pronunciamientos en sentido inverso

No obstante, pese a las decisiones judiciales reflejadas en el epígrafe anterior son ciertamente mayoritarias las que posibilitan la prosecución de la ejecución dineraria para la continuación de la reclamación del crédito hipotecario cuando la ejecución del inmueble que constituye el objeto material de la garantía hipotecaria ha resultado insuficiente para atender las obligaciones que garantizaba.

Entre todas ellas destaca el Auto de 4 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Navarra. El Ponente ha sido el mismo Magistrado que con anterioridad había reinterpretedado nuestra legislación para impedir la concatenación del procedimiento ordinario de ejecución del artículo 579 LEC en los autos de 1 de marzo y de 17 de diciembre de 2010 anteriormente referidos. Veamos a continuación las razones argüidas que justifican este cambio de criterio.

Fundamentalmente basa su decisión en dos pilares:

- a) Auto 113/2011 de 19 de julio del Tribunal Constitucional por el que se determina la constitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 LEC y de todo el régimen procesal de ejecución hipotecaria con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Comparte la Sala la línea defendida por el Auto de 19 de julio de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional sopesando las posibles opciones y defensa del deudor hipotecario al margen del estricto procedimiento de ejecución hipotecaria. En este intento recurre al artículo 564 LEC para la defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución. El mencionado precepto prevé para el caso de que *“con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución pero judicialmente relevantes respecto a los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante”* para establecer que *“tanto ejecutante como ejecutado podrán hacer valer en el proceso que corresponda la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos”*.

Considera el Tribunal que en este proceso la parte ejecutada podría haber hecho valer circunstancias sobrevenidas que afecten a sus obligaciones contractualmente asumidas, entre ellas, las circunstancias concurrentes en el contexto social y económico de la crisis financiera padecida.

Respecto a la posibilidad de instar la suspensión de la ejecutividad del título hipotecario, el ejecutado podría haber postulado como medida cautelar específica la regla contenida en el nº 11 del artículo 727 LEC donde se incluye como medida cautelar *“las que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*, concretamente la paralización de dicha ejecución hipotecaria y, en su caso, del lanzamiento de la vivienda.

- b) Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, reforma que ha permitido que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble como consecuencia de una ejecución se realice por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación. Por lo tanto, se prohíbe cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación independientemente de la cuantía de la deuda total con el fin de evitar el despojo del deudor.

## 5. La dación en pago: ventajas e inconvenientes

Estos pronunciamientos judiciales tan dispares no han hecho sino crear una gran inseguridad jurídica. De hecho, hemos constatado como, en ocasiones, nuestros Tribunales reinterpretan nuestra legislación evitando con ello la concatenación del proceso ejecutivo ordinario al especial por la cantidad restante envolviendo con ello implícitamente una dación en pago, mientras que, en otras, los mismos magistrados y jueces que defendían la postura anterior emiten pronunciamientos a favor de la continuación de la ejecución por los trámites del artículo 579 LEC.

Ante esta situación el Gobierno se ha visto obligado a tomar cartas en el asunto mediante la adopción de disposiciones protectoras de los deudores hipotecarios sin recursos con el fin de evitar el procedimiento de ejecución. Entre estas actuaciones destaca el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo. Como establece la propia normativa el Real Decreto reconoce distintos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago. La protección de los mismos se intenta alcanzar mediante un Código de Buenas Prácticas "*al que podrán adherirse de forma voluntaria las entidades de crédito*" aplicándose sucesivamente en tres fases de actuación, siempre y cuando la anterior no haya conseguido dejar al deudor dentro de unos límites asumibles para su viabilidad financiera:

Primera fase: reestructuración viable de la deuda hipotecaria por medio de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia de amortización en el capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización –medida no aplicable a los deudores hipotecarios que se encuentran inmersos en un procedimiento de ejecución una vez se haya producido el anuncio de la subasta-.

Segunda fase: si el plan de reestructuración es inviable para el deudor al resultar una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos de la unidad familiar, se ofrece a los deudores una quita sobre el capital pendiente de amortización –medida que puede ser solicitada por los deudores hipotecarios que se encuentran en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de la subasta-.

Tercera fase: dación en pago de la vivienda habitual que supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con la hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad crediticia. El deudor si así lo solicita podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en

concepto de arrendatario satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación –esta medida no puede ser solicitada por deudores hipotecarios que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores-.

La adopción de estas medidas previas, complementarias o sustitutivas a la ejecución hipotecaria requiere la concurrencia de ciertos requisitos delimitadores de sus respectivos ámbitos objetivo y subjetivo.

Respecto al ámbito subjetivo el beneficiario de estas medidas necesariamente ha de tratarse de un deudor de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual.

En relación con el ámbito objetivo el artículo 2 del RD Ley 6/2012 exige que el deudor del préstamo con garantía real se encuentre situado en el "*umbral de exclusión*" encontrándose en tal situación siempre que concurren *todas* las circunstancias siguientes:

- a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.
- b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.
- d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.
- e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de que existan estas últimas que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).
- f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

Debidamente acreditadas ambas vertientes, objetiva y subjetiva, la normativa exige un nuevo requisito en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real. A tenor del artículo 5 es necesario que el mencionado precio no haya superado los siguientes umbrales:

- a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros

- b) Para municipios entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros
- c) Para municipios entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros
- d) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

El deudor hipotecario podrá beneficiarse de la dación como medida sustitutiva a la ejecución hipotecaria siempre y cuando, en su particular circunstancia, concurren los requisitos delimitadores de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación junto a las exigencias del artículo 5 en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real lo que hace que, en la práctica, sea casi imposible su aplicación. Los criterios adoptados por el Gobierno para poder optar a la misma son extremadamente limitativos por lo que se siguen promoviendo desahucios que prolonga la agonía de los deudores.

No obstante, también encontramos inconvenientes para aquellos deudores hipotecarios que han podido acogerse a esta medida. De hecho, de cumplir los requisitos para la dación en pago exigidos por el RD 6/2012, a la deuda inicial hemos de sumar distintos conceptos que pueden concurrir según el supuesto de hecho concreto. A este respecto no podemos olvidar que la dación en pago se configura como una transmisión patrimonial en la que el sujeto activo o transmitente es ahora el deudor y el sujeto pasivo la entidad financiera que adquiere el inmueble. Por ello, habrá que adicionar al precio de transmisión, por ejemplo, los intereses de demora, los gastos notariales o el importe de las refinanciaciones que el propio banco pudo ofrecer resultando con ello que el deudor vende al banco un inmueble por una cantidad superior al precio de adquisición del mismo. Esta circunstancia motiva que, a los ojos de Hacienda, haya habido una transmisión patrimonial de la que ha resultado el deudor hipotecario beneficiado por lo que deja de tener una deuda bancaria para adquirir otra con la Administración debiendo tributar entonces por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Las entidades bancarias que admiten la dación están presentando autoliquidación por este impuesto determinando como base imponible únicamente el valor de tasación actual del inmueble. Sin embargo, las diferentes Administraciones Tributarias autonómicas, gracias a la interpretación conjunta de los artículos 37 y 38 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados han regularizado la situación tributaria de estos sujetos pasivos. A tal efecto se ha procedido a dictar liquidaciones provisionales como consecuencia de los procedimientos de aplicación de los tributos iniciados para regularizar dicha situación, en las que al valor de tasación se suma el importe de la deuda condonada por la entidad bancaria.

Pese a estos inconvenientes, los movimientos sociales y asociativos han ejercido una fuerte presión en su lucha por dar una solución al problema de los desahucios y han creído ver en la dación en pago un eficaz medio resolutorio

pese a los inconvenientes que acabamos de apuntar. Evidentemente, critican el carácter restrictivo de la regulación actual pero tienen fe en ella. De hecho, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) junto a otros colectivos de afectados han presentado ante el Congreso una iniciativa legislativa popular para lograr la dación en pago con carácter retroactivo. El Real Decreto Ley 6/2012 entró en vigor el día 11 de marzo. A esa fecha muchos habían sido ya los afectados desalojados de sus viviendas que no habían podido acogerse a la dación en pago, pues aunque reconocida por el artículo 140 de la LH, para poder materializarse debía estar pactada por las partes antes de formalizar el préstamo hipotecario y, por tanto, estar especificada expresamente en la escritura hipotecaria. Sin embargo, los compradores de vivienda, generalmente desinformados a este respecto, desconocían la existencia de la dación y su eficacia en un momento de insolvencia. Por lo tanto, al no estar pactada, no podían acogerse a ella como medio resolutorio a su situación. Tampoco podían invocar la regulada a partir del Real Decreto, pues aunque concudiesen en ellos los estrictos requisitos que permiten su aplicación, la dación no tiene efecto retroactivo. Estos deudores, desahuciados de sus inmuebles pero que continúan debiendo al banco ya que el precio de adjudicación ha sido inferior a cantidad debida de la deuda contraída, reclaman el carácter retroactivo de la dación como medio extintivo de su deuda.

Desde la perspectiva de las entidades financieras la dación en pago conlleva algunos beneficios. La dación, como medida sustitutoria a un procedimiento de ejecución hipotecaria, la ha de ofrecer la entidad que voluntariamente se ha adherido al Código de Buenas Prácticas donde la misma se contiene y que regula el RD Ley 6/2012. En aquellas hipotéticas ejecuciones hipotecarias en las que el cobro sea muy dudoso por no contar con cotitulares o avalistas que puedan hacer frente a la deuda, qué duda cabe, que al banco lo que más le interesa es admitir la dación en pago, evitando con ello los elevados gastos y costas procesales implícitos a toda ejecución hipotecaria. No obstante, no son pocos las voces expertas que anuncian que la generalización de la dación conllevaría efectos indirectos no deseados como, por ejemplo, restricciones en la concesión de los créditos, disminución en la cuantía de los préstamos en atención al valor de tasación así como un mayor riesgo para las entidades financieras que pueden creer no recuperar el importe prestado especialmente en aquellos casos en los que el valor del inmueble sea inferior a la cantidad debida. Al asumir las entidades financieras un mayor riesgo se encarecerían aún más los tipos de interés a los que se concederían los préstamos. Por tanto, la dación limitaría los perjuicios para aquellas personas que por su situación económica no pudieran hacer frente a los pagos, pero al mismo tiempo conllevaría un perjuicio indirecto a los deudores hipotecarios que pagan su cuota puntualmente.