



ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DACIÓN EN PAGO

ECONOMIC ANALYSIS OF THE DATIO IN SOLUTUM

Pedro Castedo Bartolomé *

Docta Ignorancia Digital, 2012; ISSN 1989 – 9416. Año III, núm. 3 – Economía

Palabras clave: Dación, hipoteca, mortgage, reserva de dominio, ejecución, foreclosure, impago, enriquecimiento injusto, vicios del consentimiento, tasación, Código de buenas prácticas, responsabilidad personal ilimitada, hipoteca de responsabilidad limitada, pacto comisorio, extinción de las obligaciones, riesgo moral, selección adversa, información asimétrica, mora, capital, leasing, right of discharge, transparencia.

Resumen: El autor analiza: (1) el marco jurídico existente en España relativas a la hipoteca y figuras "afines" a la dación en pago; (2) el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual; y, (3) los posibles efectos económicos que tendría la implantación de la dación en pago en España, tanto con efectos retroactivos como sin ellos. Finalmente, se concluye sobre la conveniencia de incluir en las ofertas de préstamo hipotecario, la posibilidad de pactar la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria y su efecto sobre el coste de los préstamos.

Abstract: The author discusses: (1) the existing legal framework in Spain concerning mortgages and figures "related" to the datio in solutum, (2) the Code of Good Practices for the viable restructuring of debts secured by residential mortgages and, (3) the possible economic effects of the implementation of the datio in solutum in Spain, both retroactively or not. Finally, we conclude on the desirability of placing on mortgage loan offers the possibility of agreeing to the limitation of liability provided for in Article 140 of the Spanish Mortgage Act and its effect on the cost of loans.

1. Introducción

En los últimos años se ha generado un importante debate sobre la posible eliminación de la garantía personal en los préstamos con garantía hipotecaria, lo que se llamado “dación en pago” (en latín *datio in solutum*¹), esto es, la entrega de la vivienda a cambio de la liquidación de la deuda.

Medios de comunicación, partidos políticos, grupos de presión, etc., hablan –muchas veces sin el rigor deseable– sobre lo adecuado de introducir en nuestro país la posibilidad de que el deudor que no pueda devolver el préstamo se libere entregando al acreedor el inmueble hipotecado en garantía, “como en Estados Unidos”. Se ignora que esta posibilidad ya existe, si bien se establece como pacto accesorio explícitamente recogido en nuestra legislación hipotecaria o, según tesis discutible de algunos autores, recibe otro nombre (arrendamiento con opción de compra)².

¹ Esta figura se encontraba regulada en la cuarta de las Novelas de Justiniano, como excepción al principio de identidad del pago bajo el aforismo latino *alius pro alio invito crédito, solvi non potest*. El referido principio se recoge actualmente en el artículo 1.157 del Código Civil: “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”.

² El arrendamiento financiero –que hace referencia al derecho de opción- no tiene una finalidad “solutoria” de deudas, sino que consagra un derecho “ex novo” a favor del arrendatario.

Por otra parte, no es cierto que con la *mortgage* (hipoteca) habitual en los Estados Unidos las cosas sean tan sencillas como ir al banco y entregar las llaves. Dependiendo del estado, el banco prestamista tomará posesión de la casa por dación en pago o en virtud de ejecución hipotecaria (*foreclosure*) como en España. Y esto no excluye la posibilidad de realizar otros embargos. Además, cuando el banco decide “perdonar” al deudor hipotecario la deuda, incluirá a este en un registro de morosos durante un promedio de casi nueve años, lo que dificultará al deudor el acceso al crédito (lo que en Estados Unidos tiene una importancia mayor que en Europa debido a la menor red asistencial pública). Finalmente, la deuda condonada se considera fiscalmente como un ingreso y se sujeta a tributación.

Hay que señalar que, tradicionalmente, las ventas con reserva de dominio –a las que se asemeja la referida *mortgage* estadounidense–³ han tenido, tradicionalmente, “mala prensa” en

³ Aunque en el ordenamiento jurídico español, la venta con pacto de reserva de dominio no tiene nada que ver con un “préstamo con garantía hipotecaria”, cuando el pacto de reserva de dominio se inscribe en el Registro, éste opera como una “garantía real” a favor del vendedor oponible a terceros, de modo muy similar a la garantía hipotecaria.

nuestro país⁴. Esto es así porque sitúan al acreedor en una posición de fortaleza que, en mercados con precios al alza, se considera “injusta”⁵. El banco es el dueño del inmueble, y el deudor alguien que paga un canon por su uso con la intención de llegar a adquirir un *property right*. Mientras tiene su posesión pero no su propiedad, como en el arrendamiento.

En virtud del pacto de reserva de dominio, el vendedor, aun después de entregada la posesión del inmueble vendido al comprador, no transmite a éste el dominio hasta que éste le pague por completo el precio convenido, de forma que dicho completo pago actúa a

modo de condición suspensiva⁶ de la adquisición por el comprador del dominio del inmueble comprado⁷.

Ante estos pagos es fundamental la regulación que hagan las partes (o que establezca la ley) respecto de las facultades de transmisión o poder de disposición del inmueble a favor de un tercero. Dicha transmisión puede ser voluntaria o forzosa⁸: en el primer caso, el vendedor, al amparo del citado pacto, podría recuperar el inmueble vendido a través de las correspondientes acciones judiciales (la acción reivindicatoria⁹); en el segundo caso, que sería, por ejemplo, el que se

⁴ De ahí, en gran medida, el artículo 1859 del Código Civil (sobre disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca): “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.”

⁵ Imaginemos que el deudor impaga varios pagos consecutivos (los que la ley establezca como necesarios para la ejecución de la garantía). Si el precio del bien financiado ha aumentado, entonces el acreedor tiene un fuerte incentivo para recuperar el bien, pues gracias a su reventa obtendrá un beneficio sin asumir apenas riesgo. Y, dado que existía reserva de dominio, el deudor no percibirá beneficio alguno por el aumento de valor del bien (pues no era de su propiedad).

Las razones del impago son independientes de la recuperación del bien (la *foreclosure* en el sistema estadounidense). Si las causas eran moralmente justas (impago por enfermedad, por ejemplo), nos encontraremos ante una situación *dickensiana*, ante la que consideraciones *de lege ferenda* nada cambian.

⁶ En sentido estricto no se trata de una condición suspensiva porque no es “condición” aquel evento que depende de la voluntad de una de las partes (en este caso, del pago del precio por el comprador), pero su resultado práctico se le asemeja al demorar hasta el completo pago la adquisición dominical del comprador, al constituir el pacto de reserva una excepción consensuada al efecto traslativo que se produce cuando al “título” de adquisición se le añade el “modo” (la teoría romana del título y el modo, que rige en nuestro Código Civil).

⁷ ÓSCAR FERNÁNDEZ LEÓN (2010), “El Pacto de Reserva de Dominio: Garantía del pago del precio”, Legaltoday.com.

⁸ El citado pacto accede al Registro de la Propiedad en el caso de la compraventa de inmuebles, por lo que recibe la necesaria protección registral frente a terceros.

⁹ Artículo 348 del Código Civil: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

daría en un procedimiento de apremio, cabría la acción de tercería de dominio (artículo 595 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil). La regulación de estas facultades podría, por lo tanto, frenar el dinamismo del mercado inmobiliario.

Por último, conviene subrayar que ha sido precisamente en la situación actual, ante un mercado inmobiliario bajista, cuando exigen la imposición de la dación en pago con carácter retroactivo, a pesar de que la posibilidad ya existía (como hemos indicado). Se afirma que “la dación en pago traslada el riesgo de impago del deudor al acreedor” pero lo que se pretende ahora es trasladar no el riesgo, sino las pérdidas, pues aquél ya se ha materializado.

La aceptación de la dación en pago, parece sólo aceptable, al margen de situaciones como la descrita en la Sentencia 1/2011 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (en la que en atención al valor de la vivienda hipotecada y al tiempo transcurrido desde que ingresó en el patrimonio del acreedor, la pretensión de satisfacción plena del crédito, habría conllevado un enriquecimiento injusto) en casos de vicios del consentimiento (principalmente por dolo), debiendo analizarse caso a caso, y siendo, previsiblemente, muy compleja su prueba¹⁰.

¹⁰ Curiosamente, es posible que la implantación de un sistema como el americano diese lugar a numerosos errores –de derecho– en la formación de la voluntad. Con todo, el error de derecho no puede ser presentado como un vicio de la voluntad (*error juris nocet*). De otro

En este sentido, se ha alegado que las entidades eran conscientes de la sobrevaloración de las tasaciones y de la insostenibilidad del mercado pero que, en atención a las garantías y a la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1.911 del Código Civil español, concedían los créditos. Subyace aquí la idea de que, la vivienda era (y es, incluso cuando se ejecuta) más valiosa para los prestatarios que para la entidad de crédito pero tal diferencia parece compensarse por las pérdidas y los costes (de financiación, por ejemplo) que actualmente soportan las entidades. En este sentido, para hablar de dolo debería analizarse, entre otras cosas, si la entidad de crédito (o el conjunto de ellas) no sólo no ha obtenido pérdidas sino que ha obtenido beneficios, incluyendo aquí no sólo los beneficios registrados –que dependen de los criterios contables aplicados– sino también las ayudas públicas recibidas capitalizadas (esto es, ayudas que no habrán de devolverse).

2. El Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (CBP)¹¹

modo, la ley, perdería su carácter obligatorio conforme las personas aleguen su desconocimiento.

¹¹ Para un análisis jurídico del Código, véase M.^a del P. DOMÍNGUEZ CABRERA (2012), “La dación en pago y la cesión en pago como mecanismo liberatorio de la deuda hipotecaria”, en Revista de derecho bancario y bursátil, núm. 126, págs. 331 – 335.

Este código, aprobado por el Congreso como anexo al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, es de aplicación voluntaria por parte de las entidades de crédito entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Hasta la fecha 89 entidades se han adherido al Código por lo que, para ellas son de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas (artículo 5).

El Código establece medidas para facilitar, en primer lugar, la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria (la quita y, como última solución, la dación en pago). Las medidas están dirigidas a deudores que se encuentre situado en el “umbral de exclusión”, concepto éste que el propio Real Decreto-ley define, de forma un tanto prolija –por lo que se resume–, en su artículo 3º (el subrayado es del autor):

“1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas

derivadas del trabajo o de _____ actividades económicas. (...)”

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba (...) la unidad familiar.

c) Que (...) la unidad familiar carezca de (...) otros bienes o derechos (...)”

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 (...) o (...) 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.

2. La concurrencia de [estas] circunstancias (...) se acreditará [mediante] (...).”

Las condiciones establecidas para ser considerado en el umbral de exclusión son bastante restrictivas. Algunos critican, por ejemplo, que mientras que el endeudamiento máximo que persiguen los bancos es del 30% (aunque esta “regla” se relajó en los años del *boom* inmobiliario), la norma permita que sea hasta del 60%. En realidad, es el conjunto de las condiciones (han de cumplirse todas), lo que resulta tremendamente exigente, aunque de esta forma se persigue, claramente, es favorecer a aquellos cuya capacidad de generar rentas ha disminuido drásticamente y de forma imprevista¹², no a aquellos que erraron en la decisión de compra pero siguen manteniendo cierta capacidad generadora de rentas.

La Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) ha estimado –a partir de información bastante limitada– que la *cota superior* del número de hogares que podrían beneficiarse de la opción de dación en pago alcanza los 131,982 hogares, lo que supone el 0,77% del total de hogares o el 7,6% de los 1.728.400 de hogares que tienen todos sus miembros en el paro según la encuesta de población activa (EPA)

¹² De haber existido dudas sobre una probable disminución en la capacidad generadora de rentas es prácticamente seguro que la entidad financiera hubiese exigido otras garantías reales o personales (avalistas) y, en consecuencia, el prestatario en dificultades no se encontraría en el umbral de exclusión conforme se define.

correspondiente al primer trimestre de 2012.¹³

Además de las condiciones señaladas, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 6/2012 fija precios máximos de compra de las viviendas en función del número de habitantes en el municipio:

- 200.000 euros en localidades de más de un millón de habitantes
- 180.000 euros para ciudades de más de medio millón de habitantes o integradas en áreas metropolitanas de más de un millón
- 150.000 euros, para ciudades de más de cien mil habitantes
- 120.000 euros en localidades de menos de cien mil habitantes

Finalmente, debemos recordar que la dación en pago se configura, como se ha dicho, como un último recurso que se aplicaría¹⁴, única y exclusivamente,

¹³ MARCO CELENTANI (2012), “La dación en pago en el Código de Buenas Prácticas: ¿Cuántos se benefician?”, Nada es gratis, <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=22324>. Si suponemos que son dos las personas que trabajan en un hogar, la proporción de beneficiarios que resulta –respecto del número actual de parados– se situaría en torno al 5% (siendo éste porcentaje una *cota superior*).

¹⁴ Debe mencionarse también que el antiguo propietario podrá permanecer por un plazo de dos años en la vivienda a cambio de alquiler.

cuando la reestructuración de la deuda o la realización de quitas hayan fracasado. La reestructuración es, lógicamente, una medida previa a la ejecución y, conforme con el Código, las entidades deberán ofrecer: (i) una carencia en la amortización de capital (no de intereses) de cuatro años; (ii) la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo; y, (iii) la reducción del tipo de interés aplicable durante el plazo de carencia a Euribor + 0,25%. Sólo entonces, si la cuota resultante de la reestructuración sigue siendo superior al 60% de los ingresos de todos los miembros de la familia, podrán estos acogerse a la dación en pago.

En conclusión, esta medida, cuyo efecto real tendrá una importancia residual, parece formar parte, nuevamente, de las “políticas de gestos”¹⁵ a las que tratan de acostumbrarnos nuestros políticos, las cuales, por desgracia, conllevan el empleo ineficiente o diversión de los

¹⁵ Véase, por ejemplo, J.A. MESSIA DE LA CERDA (2005): “Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad” en “Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad”, págs. 635 a 671 (en particular esta última), Universidad Rey Juan Carlos, Ed. La Ley (coordinador José Pérez de Vargas Muñoz).

Otro ejemplo, ya durante la crisis, lo constituye la creación del FROB; idénticos resultados podrían haberse alcanzado mediante la reforma y unificación de los fondos de garantía de depósitos y, muy probablemente, con ahorro de tiempo y costes.

recursos (escasos) de la administración y/o del poder legislativo.^{16, 17}

3.- Marco legal

La hipoteca se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho real (del latín *res, rei*, cosa, y no de *regālis*, relativo al rey) y accesorio que se constituye en garantía de cualquier clase de obligación *principal*¹⁸. Por ello:

¹⁶ Según un artículo recogido en la Revista del Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) a 19 de julio de 2012, “sólo el 5% de los expedientes de intermediación hipotecaria atendidos por el ICAV (Valencia) tienen derecho a la dación en pago (...) La mayoría de los casos queda fuera del Real Decreto ya que una de sus exigencias es que ninguno de los miembros de la unidad familiar perciba rentas de trabajo o de actividades económicas, ni siquiera el 420 euros para los parados que hayan agotado su cobertura por desempleo [habiéndose constatado que] este Real Decreto no sirve para nada”.

¹⁷ No obstante, cabe citar entre los efectos colaterales ventajosos la posibilidad de formular reclamaciones ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España derivadas del presunto incumplimiento por las entidades de crédito del Código de Buenas Prácticas. Esta opción no era factible hasta la promulgación del el Código de Buenas Prácticas, dado que la dación suponía una modificación de las condiciones pactadas para el préstamo hipotecario cuya fiscalización excedía las competencias del citado Servicio [véase BANCO DE ESPAÑA, Memoria del Servicio de Reclamaciones (2010 y 2011)].

¹⁸ Artículo 1857. “Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1. Que se

- “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida” (artículo 104 de la Ley Hipotecaria – en adelante, LH–, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946)
- “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil¹⁹,” (artículo 105 LH).

Según ROCA SASTRE, la hipoteca es “un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y

constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (...)”.

¹⁹ Artículo 1911. [Responsabilidad patrimonial universal]: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial”.²⁰

En consecuencia, en la legislación española de la hipoteca no se excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor salvo que, de conformidad con el artículo 140 de la LH, se pacte, válidamente, “en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor” (artículo 140 LH)²¹. Es el caso especial de la llamada “hipoteca de responsabilidad limitada”.

Como se ve, la LH vigente ofrece una alternativa próxima a la dación de pago²², siempre y cuando se pacte con

²⁰ ROCA SASTRE, Ramón María; Derecho Hipotecario, Sexta edición, Tomo IV, 1.º, pág. 121. BOSCH.

²¹ Lógicamente, ante un pacto como este, dejan de tener sentido segundas y posteriores hipotecas.

²² La diferencia más relevante entre la hipoteca de responsabilidad limitada y la dación en pago es la prohibición existente del pacto comisorio contenida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil:

- Artículo 1859: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”

la entidad crediticia o acreedor antes de formalizar el préstamo hipotecario²³. En caso de no haber un pacto entre deudor y acreedor, según lo dispuesto en el artículo 105 de la misma ley, la hipoteca podrá constituirse en garantía

-
- Artículo 1884: “El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

En efecto, con la dación en pago –la expresión “entrega de llaves” explícita claramente lo que implica– surge la duda de si infringe o no la referida prohibición. La respuesta no parece unívoca sino que dependerá de las circunstancias concretas en que se verifique la dación.

La prohibición del pacto comisorio no es caprichosa: se trata de un pacto proclive a los abusos pues faculta al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, para practicar el *comiso* o apropiación directa e inmediata, de la cosa dada en garantía del cumplimiento de la obligación incumplida. Recuérdese que comiso proviene del latín *commisum*, literalmente “confiscación”. Por medio del pacto comisorio, el acreedor evita la solución normal prevista por el derecho que, en teoría, consiste en someterse a un proceso de realización del bien, justo, público, formal, abierto a la libre concurrencia y con publicidad.

²³ Nótese, tal y como se ha explicado en la introducción de este trabajo, que lo que se desea por parte de muchos acreditados que han visto caer el precio de los inmuebles que adquirieron es la aplicación *retroactiva* de la dación en pago.

de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil.

Así las cosas, no puede tacharse de abuso de derecho, la conducta del acreedor que usa, en defensa de sus derechos, las facultades que le concede la ley y reclama la diferencia entre el total de su crédito –por el que ejecutó– y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento correspondiente los bienes gravados²⁴.

El Código Civil español no regula la dación en pago como modo extintivo de las obligaciones, aunque da por supuesta la institución, por ejemplo, en el artículo 1.521²⁵ *in fine*, al tratar de los retractos; en el artículo 1.636, con

²⁴ Por lo que respecta al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) el artículo 88, relativo a cláusulas abusivas sobre garantías, señala que “en todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan (...) la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido [pero] se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica (...)”. En consecuencia, tal estipulación se limitaría a aplicar el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 105 LH, que lo permiten (ver también la STS 829/2008, de 25 de septiembre, Sala de lo Civil, Sección 1).

²⁵ Artículo 1521: “El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o *dación en pago*”.

relación a los censos enfitéuticos²⁶; y en el artículo 1.849, referente a la fianza²⁷. Además, desde la Ley 38/2011, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal, se contempla la dación también en el artículo 155.4 de la Ley concursal, relativo al pago de los créditos con privilegio especial²⁸.

Por su parte, la jurisprudencia, en STS de 23 de septiembre de 2002, configura la dación en pago como un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que éste aplique el bien recibido en la extinción de su crédito, de forma que ese crédito actúa del mismo modo que el precio en la compraventa (y por ello sugieren la aplicación analógica de las normas de esta última institución).

²⁶ Artículo 1636: “Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o *den en pago* su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica (...)”.

²⁷ Artículo 1849: “Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos *en pago* de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.”

²⁸ Artículo 155.4: “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 o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda (...)”.

Debe distinguirse entre la “dación en pago” y la “dación para pago” (*datio pro solvendo*), recogida en el artículo 1.175 del Código Civil²⁹. La dación en pago es una forma extraordinaria de extinción de una obligación (*datio pro solutio*); es la entrega como pago de una cosa –el bien– por otra –la deuda (es decir, la entrega de *aliud pro alio*) – que acreedor y deudor pueden acordar siempre que les convenga. En la dación en pago, el acto solutorio tiene lugar con la entrega del bien mientras que, en la dación para pago, se transmite la posesión del bien, y con su producto se verifica el pago, de forma que, sólo entonces se entiende pagado el crédito y, si el importe obtenido con la realización de la cosa cedida es superior a la deuda preexistente, procede devolver el sobrante al deudor cedente.

En este sentido, cabe recordar lo establecido por la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (aprobada por Ley 1/1973) en su Ley 495, en referencia al cumplimiento y extinción de las obligaciones:

- *Dación en pago*. Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un

²⁹ Artículo 1175: “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.”

objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación.

- *Dación para pago.* La dación para pago sólo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos.

4. Análisis de costes y beneficios

El análisis de costes y beneficios puede establecerse con relación a los momentos cruciales que se pueden distinguir en la vida de un préstamo hipotecario problemático: concesión, madurez, entrada en mora y ejecución.

4. 1. Efectos sobre la concesión de hipotecas

Hemos señalado más arriba que uno de los efectos más definitorios de la dación en pago es que traslada el riesgo de impago del deudor al acreedor, lo que tiene especial relevancia en mercados bajistas. Sin embargo, ¿qué sucedería en un

mercado alcista? Parece que evidente que, en tal situación las entidades de crédito tendrían incentivos para “obtener” tasaciones más restrictivas, con precios más bajos, que justificasen –a pesar de las presiones competitivas– la concesión de menos préstamos y, en todo caso, de préstamos de menor importe con el fin de mitigar la mayor asunción de riesgos derivada de su traslación a la entidad por medio de la dación.

En teoría las sociedades de tasación son independientes pero, como puso de manifiesto la burbuja, en un país tan bancarizado como España, los ingresos de estas sociedades dependen fuertemente de unas entidades de crédito que son las principales demandantes de sus servicios, de forma directa o indirecta, esto es, a través de sus filiales las cuales, además, gestionan los mayores fondos de pensiones o de inversión.

Según un informe de la consultora Oliver Wyman³⁰ con la supresión de la garantía personal se estrecharía el mercado hipotecario, de forma que la concesión anual para el segmento de particulares sería de 75.000 a 80.000 millones de euros por año, un 10% menos.

Desde un punto de vista prudencial, esta circunstancia sería bienvenida, pues incrementaría la parte del inmueble financiada con fondos propios (es decir, financiada por el adquirente)

³⁰ JAIME VELASCO, MIGUEL YAGÜE y PABLO CAMPOS (2011): “Repercusiones de un Eventual Cambio de las Garantías”, informe encargado por la Asociación Española de Banca (AEB) a la consultora Oliver Wyman.

lo que, sin duda, reduciría tanto el riesgo moral (el riesgo de que los fondos prestados se empleen equivocadamente) como la selección adversa (el riesgo de elegir a los prestatarios peores), problemas ambos inherentes en una situación de información asimétrica³¹.

Por el contrario, desde el punto de vista de los prestatarios, la reducción del número e importe de los préstamos hipotecarios sería, sin duda, una muy mala noticia. Además, la ley de la oferta conllevaría una subida del precio de los préstamos (el tipo de interés) al ser menor la cantidad ofertada.

Finalmente, desde un punto de vista macroeconómico, puede parecer deseable la contención de los precios que se obtendría, a cambio, eso sí, de una menor actividad del sector promotor y constructor. No obstante, no debe olvidarse la cruz de la moneda: en un mercado bajista se reforzarían las espirales bajistas de precios lo que puede tener –no olvidemos nuestro día a día actual– efectos devastadores sobre una economía.

Al margen de la cuestión anterior, conviene analizar también el efecto sobre aquello que en Estados Unidos llaman PITI: *principal, interest, taxes, insurance*. Es decir, no sólo el principal

³¹ El efecto fundamental que se deriva de la existencia de información asimétrica es que los oferentes de crédito (los acreedores potenciales) no tienen la suficiente información para discriminar entre deudores de alto y bajo riesgo y cargan un mismo tipo de interés (aproximadamente promedio) a ambas clases, de forma que los deudores de menor riesgo “subsidian” a los de alto riesgo.

(el dinero prestado) y los intereses, sino también los impuestos y seguros. La imposición de la dación en pago no tendría por qué alterar el esquema impositivo establecido actualmente (ITP para vivienda de segunda mano e IVA para vivienda nueva); sin embargo, el coste de los seguros posiblemente aumentaría. En el caso de, por ejemplo, un seguro de responsabilidad civil, por estar la vivienda “alquilada” (recuérdese que, producida la dación y concertado un arrendamiento con opción de compra, el arrendatario-cedente posee el inmueble pero no tiene su propiedad), se puede presumir que el prestatario-inquilino no será tan cuidadoso como si se tratase del propietario; en el caso de un seguro de impago (que pagaría las mensualidades del préstamo si el prestatario se queda en paro, en caso de enfermedad o similares) también, pues este seguro no hace sino compartir el riesgo de la entidad de crédito –ahora aumentado por causa de la dación–³².

4.2.- Efectos durante la vida del préstamo antes de tornarse problemático

La posibilidad antes apuntada respecto de la subida del precio de los préstamos constituye una realidad en Estados Unidos: allí las hipotecas son más caras. Lógicamente, en España

³² Además, sería más probable que la entidad impusiese esta clase de seguros, en la búsqueda de nuevas fórmulas para reducir sus riesgos.

también lo serían si se diese la dación en pago como única garantía.

Actualmente, el tipo de interés oficial estadounidense (el tipo al que se financian los bancos en la Reserva Federal) es virtualmente del 0%, pero allí la mayoría de las hipotecas se conceden a un tipo de interés fijo situado en el entorno del 5%. También allí siguen la regla del 20/80: el propietario pone el 20% del precio de la vivienda y el banco el 80% restante, pero si se solicita más de ese 80% (y el banco lo concede) hay que pagar un seguro extra que lo cubra en caso de impago, teniendo en cuenta las consideraciones hechas en el apartado anterior. A esto hay que añadirle, más o menos como en España, un 7% de gastos fijos entre documentación, otros seguros y comisiones.

El mercado estadounidense, a pesar de lo que podamos creer, no es la panacea y coexisten, entre otras ineficiencias, fallos de registro junto con elevadas comisiones en caso de subrogaciones cuando se encuentran préstamos más baratos (se afirma que “las comisiones son tan altas que no vale la pena si el coste financiero no se rebaja más de un punto”). En España, en cambio, la mayoría de las hipotecas son variables y basadas en el EURIBOR, que en sus peores momentos alcanzó el 5,5%, hace un par de años. En resumen, un norteamericano que haya comprado la casa en el año 2000 habrá pagado un interés del 6% hasta ahora, mientras que un español una media del 3,75% (entre un 1,75% y un 6%, diferencial incluido).

Como hemos afirmado más arriba, en España existe, además de la posibilidad de firmar un pacto accesorio que limite la responsabilidad al valor del inmueble (hipoteca de responsabilidad limitada), así como la posibilidad de financiar la adquisición de la vivienda por medio de una operación de arrendamiento con opción de compra (a los efectos de nuestro análisis obviaremos las ventajas fiscales de un *leasing*)³³.

Se podría analizar la diferencia de coste que surge entre financiar un automóvil de forma ordinaria y la financiación por medio de *leasing*. No obstante, la comparación no sería exacta debido a que, en el mercado de automóviles, esta forma de financiar la adquisición suele alcanzar al 100% del precio (a diferencia de una financiación ordinaria), a la existencia de un efecto fiscal (de cuyos beneficios se apropia en parte el financiador incrementando el coste), y que se ofrece con carácter irrevocable, es decir, implica un compromiso durante un determinado período de tiempo (en este sentido, la comparación entre las cuotas del *renting* y las letras del préstamo del coche podría suponer una comparación más precisa)

³³ Podría pensarse también que la actual hipoteca es la combinación de una hipoteca de responsabilidad limitada junto con un seguro. Sin embargo, nos parece más complicada esta vía dado que habría de tenerse en cuenta en el cálculo de la prima el hecho de que, declarado el impago, la casa se transferiría al prestamista (finalizados, por ejemplo, los pagos que estuviese obligado a satisfacer el asegurador).

Last but not least, el consumo de capital económico (y, previsiblemente, del regulatorio) se incrementaría por efecto de la mayor asunción de riesgos, lo que contribuiría adicionalmente al incremento en el precio.

4.3.- Entrada en mora

De acuerdo con el citado estudio de Oliver Wyman, la introducción de la dación en pago incrementaría los impagos³⁴. La citada consultora estima que, de introducirse la limitación de responsabilidad en todas las operaciones (sin que opere la modificación con retroactividad), la tasa de mora crecería en torno a 50 u 80 puntos básicos (llegando, en el caso de aplicarse retroactivamente, hasta los 550 o 570 p.b.).

Considera la citada consultora que, entre los que se acogerían a la dación en pago, habría dos grupos fundamentales: uno formado por los clientes para los que la cuota mensual supone un alto porcentaje sobre sus ingresos y su patrimonio y un elevado valor total del préstamo sobre el valor del inmueble (grupo denominado “de Alto Nivel de Esfuerzo”); y otro, con elevado valor total del préstamo sobre el valor del inmueble, que entregarían la vivienda en dación siempre que el valor de mercado de la vivienda caiga

³⁴ No obstante, téngase en cuenta el efecto positivo que tendría el encarecimiento del crédito y la restricción del mismo sobre los problemas de información asimétrica concurrentes en todo crédito. El efecto conjunto no está, en mi opinión, claro, por lo que las cifras se facilitan a título informativo.

por debajo del valor del préstamo, adquiriendo una nueva vivienda a un precio menor (grupo éste definido como de “Clientes Oportunistas”).

El informe sitúa los impagos producidos tras el cambio legal sin que se aplique la retroactividad en una horquilla que va de los 20.000 a los 30.000 clientes anuales para el grupo de Alto Nivel de Esfuerzo y entre 30.000 y 40.000 para el de Clientes Oportunistas. En el primero de los casos, este incremento se justifica en el informe de Oliver Wyman por la falta de incentivos para seguir pagando ante la desaparición de la garantía personal y en el segundo porque, mientras baje el valor de la vivienda adquirida, puede resultar financieramente rentable liquidar su crédito con la simple entrega de la vivienda.

El incremento de la tasa de mora iría aparejado a un aumento de las provisiones de las entidades prestamistas y del capital requerido³⁵.

³⁵ Con respecto a las provisiones, la Circular del Banco de España 4/2004 establece, tras las modificaciones hechas por la Circular 3/2010, que deben realizarse dotaciones mínimas del 10% del valor de los activos inmobiliarios en balance en los primeros 12 meses, 20% a partir de los 12 meses y 30% en exposiciones dudosas de más de 24 meses.

Desde el punto de vista de capital, la Circular 3/2008 del Banco de España indica que las exposiciones que se encuentren en situación de mora recibirán una ponderación de riesgo del 150% (ponderación que se aplica también a activos adjudicados en pago), excepto si las correcciones de valor por deterioro son iguales o superiores al 20%, en cuyo caso la ponderación será de 100%.

Además, el incremento se correspondería también con la entrada de más inmuebles en el balance (vía ejecución o dación en pago), lo que deterioraría aún más la calidad de los activos. Así, Oliver Wyman estima que la nueva mora se transformaría en 60.000 viviendas en el primer año y 90.000 viviendas más en el segundo en manos de las entidades, si no existiese retroactividad, y en 420.000 en el primer año y 225.000 en el segundo, en el caso de aplicarse con efectos retroactivos. Así, el impacto se cuantificaría en unas necesidades adicionales de capital de hasta 1.100 millones de euros y unas pérdidas en cuenta de resultados que podrían superar los 1.000 millones de euros³⁶.

Al hilo de esta subida de la mora, cabe indicar a modo de ejemplo que, entre las conclusiones preliminares de las consultoras Oliver Wyman y Roland Berger con relación a las estimaciones de necesidades de capital del sector que están efectuando por encargo del Ministerio de Economía y Competitividad y del Banco de España, se incluyen una fuerte subida de la mora en las carteras minoristas³⁷,

³⁶ Como consecuencia de todo lo anterior, el informe considera que la robustez del sistema financiero se vería impactada negativamente, añadiéndose, desde un punto de vista macroeconómico, otros factores como la elevación de la prima de riesgo soberana ante una caída del rating de las entidades financieras consecuencia de la supresión de la garantía personal.

³⁷ Esto es, préstamos a particulares, en este caso, para la adquisición de vivienda (por contraposición a las carteras mayoristas

desde el 3% actual hasta un 9%. Tal estimación deriva de asumir en España las mismas pérdidas que se han estimado en Irlanda para estos créditos.

Esta extrapolación al caso español resulta bastante controvertida, según los bancos y cajas españoles, precisamente porque obvia la existencia de dación en pago en Irlanda. "Allí hay dación en pago, con lo que existe un incentivo para devolver las llaves y cancelar el préstamo si no se puede pagar la letra; aquí como sabemos no existe esa figura para el grueso de las hipotecas, luego la gente no da por perdida su casa sabiendo que va a seguir teniendo que pagar el crédito". Ciertamente, un 3% puede resultar inusualmente bajo habida cuenta del elevado paro existente en España, pero conceptualmente es erróneo extrapolar directamente la cifra estimada para Irlanda³⁸.

4.4.- Efectos sobre las ejecuciones hipotecarias

consistentes en préstamos a empresas promotoras o del sector de la construcción)

³⁸ Curiosamente, otros análisis también extrapolan el caso irlandés. Es el caso de JP Morgan que considera España guarda muchas similitudes con Irlanda en cuestiones como la burbuja inmobiliaria, la relación entre desempleo y morosidad, y la protección por desempleo. La mayor diferencia, siempre según este banco, estaría en la caída del precio de los pisos: del 20% en España y superior al 50% en Irlanda (FUENTE: El Confidencial.com, 18.06.12)

De forma preliminar resulta interesante comparar la dación en pago y la norma de la quiebra denominada *discharge of the debtor*, doctrina que libera a los ingresos futuros del deudor fortuito de la deuda previa³⁹.

La *discharge* se entiende no sólo como una medida de ayuda al quebrado sino como una herramienta eficaz para evitar la ocultación (o alzamiento) de activos la cual reduce los costes de transacción y de búsqueda y aumenta así la eficiencia del procedimiento concursal. Además, elimina los incentivos negativos que llevan al deudor a ser menos productivo al ver que sus ingresos van a parar en gran parte a sus acreedores. Finalmente, la *discharge* desincentiva conductas de gestión arriesgadas por parte del deudor, ya que eleva *ex ante* los tipos de interés de los créditos y, puesto que los acreedores pueden verse en una situación peor, les hace ser más cuidadosos.

La dación en pago constituye un beneficio similar, por cuanto libera al patrimonio futuro (y a parte del presente) del deudor hipotecario de responder de la deuda previa. No obstante, existen diferencias muy relevantes.⁴⁰

³⁹ A pesar de la denominación, esta figura no resulta ajena a nuestro ordenamiento jurídico, que cuenta con los beneficios de quita y espera para ofrecer resultados similares.

⁴⁰ A estos efectos, recuérdese que, dentro de los procedimientos concursales, son precisamente los créditos hipotecarios los que reciben un tratamiento preferente que los sitúa al margen de la acción colectiva que se ejerce para la satisfacción de las deudas de los

Los efectos del *right of discharge* son, con todo, controvertidos, si bien se acepta que eleva el coste del crédito vía selección adversa y riesgo moral (Stiglitz and Weiss, 1981), trasladándose estos mayores costes a otros créditos y a deudores de bajo riesgo. Sin embargo, la limitación de responsabilidad que introduciría la dación en pago tendría, en mi opinión, unos efectos incontrovertidos y de signo contrario a la *discharge*, al eliminar los incentivos positivos que introduce la propiedad del inmueble y que llevan al deudor a esforzarse más cuando sus ingresos se deterioran y puede alentar una gestión arriesgada de su patrimonio por parte del deudor (apuestas del tipo *doble o nada*).

5. Conclusiones

Aunque es cierto que existe un grave problema social en las familias que no pueden pagar sus préstamos a causa de la actual crisis económica, la imposición de la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario al importe de los bienes hipotecados (por medio de la dación en pago) en los préstamos que se concedan a partir de la entrada en vigor de esta medida, perjudicaría tanto a las entidades financieras como a los ciudadanos en general, ya que en ambos casos el número de personas perjudicadas sería mayor que el de beneficiadas y el impacto de esta medida a nivel

acreedores. Esta diferenciación que reciben los créditos hipotecarios suele solucionarse por medio de su separación de la masa.

macroeconómico tampoco resultaría favorable.

Si, además, se aplicase esta medida con efectos retroactivos (esto es, si se permitiese a pesar de no haberse pactado la posibilidad de dación en pago en el momento de la concesión del crédito hipotecario), las consecuencias serían todavía más desfavorables, hasta el punto de poner en riesgo el acceso al crédito hipotecario para los ciudadanos y la estabilidad del mercado hipotecario.

Parece razonable, en todo caso, aprovechar las provisiones legales existentes que permiten el pacto de limitación de la responsabilidad. Así, en el marco de las reformas destinadas a incrementar la transparencia de las entidades, podría ofrecerse, en el momento de contratación de un préstamo hipotecario, información sobre ambas posibilidades, de forma que el deudor pudiese comparar y, al mismo tiempo, se viese compelido a comprender las diferencias entre ambos tipos de préstamos hipotecarios de manera que formase adecuadamente su voluntad, desapareciendo así las posibles excusas (y reclamaciones) ante devenires desfavorables del mercado inmobiliario.

Pedro Castedo Bartolomé *

Licenciado en Ciencias Empresariales y Auditor de Cuentas

Máster en Fundamentos del Derecho privado



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons](#). Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra bajo las siguientes condiciones: **Reconocimiento**: Debe reconocer y citar al autor original. **No comercial**. No puede utilizar esta obra para fines comerciales. **Sin obras derivadas**. No se puede alterar, transformar, o generar una obra derivada a partir de esta obra.