

EDB 2013/54264

Tres cuestiones sobre la dación en pago de la vivienda habitual establecida en el Código de Buenas Prácticas del punto 3º del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Foro abierto

Autor

Soler Pascual, Luis Antonio, Magistrado del Tribunal de Marca Comunitaria. Audiencia Provincial de Alicante

Editorial

El Derecho Editores / Revista de Inmobiliario El Derecho, nº 6

F. de publicación

1 de marzo de 2013

Área

Dación en pago

ÍNDICE

I. Cuestión a analizar	2
II. Comentario	2
III. Respuestas	3
1. Francisco Borjano Arenado, Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 11 Sevilla	3
2. Juan Ángel Moreno García, Magistrado AP Madrid, Sección 9ª	3
3. Luis Alberto Gil Nogueras: Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 3 Zaragoza	4
4. Miguel Ángel Larrosa Amante, Magistrado Audiencia Provincial de Murcia	5
5. María Félix Tena Aragón, Magistrado AP Cáceres, Sección 2ª	5
6. Salvador Vilata Menadas, Magistrado-Juez Juzgado de lo Mercantil nº 1 Valencia	6
7. Eduardo Salinas Verdeguer, Presidente AP Albacete	7
8. Vicente Magro Servet, Magistrado, Presidente Audiencia Provincial Alicante	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DACIÓN O ADJUDICACIÓN EN PAGO

DIFERENCIA CON LA CESIÓN DE BIENES
EFECTOS

ENTIDADES DE CRÉDITO

CUESTIONES DIVERSAS

FIANZA

EXTINCIÓN

HIPOTECA

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES
CRÉDITO HIPOTECARIO

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita RDL 6/2012 de 9 marzo 2012. Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

Cita dad.6 de Ley 37/2011 de 10 octubre 2011. Medidas de agilización procesal

Cita RDL 8/2011 de 1 julio 2011. Medidas de apoyo a deudores hipotecarios, control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por entidades locales, fomento de actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administra

Cita art.670.4, art.671 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.4.3 de Ley 2/1994 de 30 marzo 1994. Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios

Cita art.140 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita STS Sala 1ª de 27 diciembre 2012 (J2012/310474)

Cita STS Sala 1ª de 1 octubre 2009 (J2009/229008)

Cita STS Sala 1ª de 19 octubre 2006 (J2006/288716)

Cita STS Sala 1ª de 27 septiembre 2002 (J2002/35897)

Cita STS Sala 1ª de 23 septiembre 2002 (J2002/35891)

Cita STS Sala 1ª de 25 mayo 1999 (J1999/12472)

Cita STS Sala 1ª de 28 junio 1997 (J1997/4454)
Cita STS Sala 1ª de 8 febrero 1996 (J1996/945)
Cita STS Sala 1ª de 19 octubre 1992 (J1992/10194)

Coordinador:

Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado del Tribunal de Marca Comunitaria Audiencia Provincial de Alicante

Consejo de redacción:

Francisco Berjano Arenado

Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 11 Sevilla

Juan Ángel Moreno García

Magistrado AP Madrid, Sección 9ª

Luis Alberto Gil Nogueras

Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 3 Zaragoza

Miguel Ángel Larrosa Amante

Magistrado Audiencia Provincial de Murcia

María Félix Tena Aragón

Magistrado AP Cáceres, Sección 2ª

Salvador Vilata Menadas

Magistrado-Juez Juzgado de lo Mercantil nº 1 Valencia

Eduardo Salinas Verdeguer

Presidente AP Albacete

Vicente Magro Servet

Magistrado. Presidente Audiencia Provincial Alicante

I. Cuestión a analizar

El RDL 6/2012, de 9 marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos introduce en su anexo EDL 2012/24887 el denominado "Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual", texto donde se establece la dación en pago de la vivienda habitual. Pues bien, y aun cuando conforme a su art. 5 EDL 2012/24887 su contenido sólo es aplicable a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere ese Real Decreto-ley, siendo su adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito (o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios), contiene varios aspectos respecto de este mecanismo solutorio de deudas que merecen ser valorados y comentados.

Pues bien, dice el apdo. b) de dicho código EDL 2012/24887 que "La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda."

Tres cuestiones vamos a plantear que entendemos podrían plantearse en un futuro de generalización de la medida. ¿Alcanza a los fiadores? ¿Qué pasa cuando la deuda sea menor que el valor de la vivienda? ¿Tendrá que practicarse liquidación? Si la vivienda fue tasada en 200.000 euros y resta para pago de la deuda una cantidad menor ¿debe reintegrar la entidad adjudicataria, caso de fracaso de la subasta, la diferencia?

II. Comentario

Hay casi un acuerdo unánime en considerar que el efecto de la dación en pago es el la extinción total de la deuda, conclusión lógica porque es el efecto propio de la institución.

Debe recordarse además que así lo dice de forma expresa el Código de Buenas Prácticas que también recoge de forma expresa que la dación en pago implica la cancelación total de la deuda, no solo respecto al bien hipotecado y al deudor principal, sino también de las responsabilidades que terceros hayan podido asumir por razón de la deuda, incluida la fianza en la medida que al ser la fianza un contrato accesorio de garantía, a parte de las causas propias de extinción, se extingue también al extinguirse la obligación garantizada de acuerdo con el art. 1847 CC EDL 1889/1 , al extinguirse la obligación principal.

La cuestión relativa al valor de la vivienda merece, en atención al contenido normado del código y a la realidad social, de colapso del mercado hipotecario, una respuesta negativa pues no hay norma en el código que regule el caso de que la deuda sea menor que el valor de la vivienda ni nada relativo a la liquidación. La dación extingue la deuda con independencia de valores.

No hay por tanto posibilidad real, si se opta por la dación en pago, de equilibrar las prestaciones. El valor de la vivienda no será atendido para la extinción de la deuda si bien, la cuestión de las quitas obligatorias están planteadas a favor del acreedor pues no debería obviarse que la dación en pago no es aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución y en los que se haya anunciado la subasta o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores, limitación que entiende la doctrina persigue evitar al acreedor que responda de las cargas posteriores por encima de la deuda que tiene con su deudor.

III. Respuestas

1. Francisco Borjano Arenado, Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 11 Sevilla

1.- De la lectura del Anexo de Código de Buenas Prácticas EDL 2012/24887 para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual se desprende que la dación en pago entraría en juego ante la insuficiencia o fracaso de las medidas previas a la ejecución hipotecaria (reestructuración de deudas hipotecarias) y de las complementarias que contempla dicho Anexo, lo que le dota de la consideración de "último recurso".

2.- Del tenor del Anexo EDL 2012/24887 se desprende que la dación en pago beneficia y exonera claramente a los fiadores. Se trataría de una aplicación al caso de lo dispuesto en los arts. 1847 y 1849 CC EDL 1889/1.

3.- Para responder a las otras preguntas, es necesario examinar el concepto de dación en pago. Como recoge la STS de 27 septiembre 2002 EDJ 2002/35897, con referencia a sentencias anteriores como la de 13 de mayo de 1983, si bien existe cierta indefinición en la doctrina jurisprudencial en cuanto a la conceptualización de la dación en pago, figura atípica no regulada en el Código Civil EDL 1889/1, ha sido asimilada a la compraventa, no negando su analogía con otras convenciones, como la de ser forma de pago o como novación, ello lo ha sido por la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago. Señalando que la doctrina mayoritaria la considera como una modalidad o variante del pago. Y como recoge la STS de 25 mayo 1999 EDJ 1999/12472, lo importante de la dación en pago son sus efectos, de forma que si bien no es un pago estricto sensu, produce los efectos de éste. En consecuencia, el crédito que ostenta uno de los contratantes, actúa con igual función que el precio de la compraventa, de forma que, ya se catalogue el negocio jurídico como venta, ya se configure como novación, ya como acto complejo, su regulación ha de acomodarse a las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, la categoría de precio del bien o bienes que se entregan en adjudicación en pago de deudas, transmitiéndose así la propiedad del bien en cuestión, teniendo por tanto el alcance de una verdadera compraventa (STS de 1.3.69, 7.12.83 y 28.6.97). Mientras que en la dación para pago o dato pro solvendo, se configura como un negocio jurídico en el que el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de las deudas contraídas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario, en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, por lo que ésta solo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, de conformidad con el art. 1175 CC EDL 1889/1.

Por tanto, la cuestión parece clara: si la deuda (cantidad total debida por el deudor, sea o no hipotecante) es menor que el valor de la vivienda (sea el valor tasado o real), la entrega de la misma (no bastaría el mero acuerdo como algún autor podría sostener) extinguirá la obligación, sin que la entidad bancaria deba abonar diferencia alguna, de igual manera que al deudor o hipotecante no se le puede reclamar nada en el caso contrario, más favorable a sus intereses.

Como indica Guillarte Zapatero la dato in soluto extingue la fianza de modo indirecto, como efecto reflejo de la desaparición de la deuda principal. El efecto extintivo de la dato in soluto respecto de la obligación fideusoria tendrá lugar cualquiera que sea la naturaleza de la cosa aceptada y su valor.

En relación con la pregunta de si ha de practicarse liquidación, entiendo que sí debe practicarse para que se conozca real y ciertamente cual es el alcance de la deuda saldada, incluidos los intereses y las costas (éstas son un derecho del acreedor).

2. Juan Ángel Moreno García, Magistrado AP Madrid, Sección 9ª

La primera idea que debe destacarse es que se trata, como su nombre indica de un código de buenas prácticas bancarias, al que estas u otras entidades financieras pueden adherirse, por lo tanto, aunque los deudores hipotecarios se encuentre dentro de los supuestos previstos en el art. 3 RDL 6/2012 EDL 2012/24887, la dación en pago, no es obligatoria para la entidad acreedora, al no ser una norma de carácter imperativo, que incluso se restringe aún más en su aplicación a los préstamos hipotecarios que no pasen de una determinada cuantía, estableciendo que no procederá, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito, lo que parece dar a entender que no cabe que los juzgados y tribunales puedan aplicar las previsiones de ese "código de buenas prácticas bancarias", salvo que las entidades bancarias o financieras se hayan adherido voluntariamente a dicho código.

La segunda idea previa que debe resaltarse es que la dación en pago se contempla como una medida subordinada a la imposibilidad de que se pueda llevar a cabo la reestructuración de la deuda, de acuerdo con lo previsto en dicho código de buenas prácticas bancarias, incluida la quita prevista en dicho código, solo en este caso es obligatoria la aceptación de la dación en pago por parte de la entidad bancaria para la extinción de la deuda.

Dado que en este caso se trata de normas dispositivas y no de carácter imperativo, las entidades bancarias que no se hayan adherido a dicho convenio, o aunque se hayan adherido si el deudor no se encuentra en los supuestos previstos en dicho RD 6/2012 EDL 2012/24887, pueden pactar con sus deudores alguna de estas medidas, ya sea la reestructuración de la deuda, o la dación en pago de la vivienda, en virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrada en el art. 1255 CC EDL 1889/1.

Se contempla en el código de buenas prácticas bancarias, la dación en pago como una medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria, pero con importantes limitaciones, no podrá acudirse a esta vía cuando ya se haya iniciado el proceso de ejecución hipotecaria y se hayan anunciado las subastas.

Para resolver el resto de las cuestiones que se plantean es necesario partir de la naturaleza de la dación en pago como modo de extinción de las obligaciones, como acuerdo entre el acreedor y deudor por el que este entrega o transmite la propiedad al acreedor de todos o parte de sus bienes para extinguir la deuda, a diferencia de la dación para pago, que lo que se transmite al acreedor no es la propiedad de los bienes del deudor, sino un mandato para que proceda a la realización de los bienes y con su producto hacerse pago de la deuda.

El efecto de la dación en pago es por lo tanto la extinción total de la deuda, sin que sea necesario que se recoja de forma expresa como se hace en el citado Código, el cual también recoge de forma expresa que la dación en pago implica la cancelación total de la deuda, no solo respecto al bien hipotecado y al deudor principal, sino también de las responsabilidades que terceros hayan podido asumir por razón de la deuda; ya se trate de otras hipotecas sobre otros bienes para garantizar la misma deuda, o ya se trate de fiadores o avalistas sean o no solidarios.

Aunque el RDL 6/2012 EDL 2012/24887 hace referencia a este efecto extintivo, debe entenderse que es un efecto derivado de la extinción de la deuda, que se extinga también la fianza prestada por un tercero, en la medida que al ser la fianza un contrato accesorio de garantía, a parte de las causas propias de extinción, se extingue también al extinguir la obligación garantizada de acuerdo con el art. 1847 CC EDL 1889/1 , al extinguirse la obligación principal. Este efecto extintivo se produce respecto a todo tipo de garantías que se puedan haber constituido para garantizar la obligación principal, así si para garantizar el pago de la deuda se ha procedido a la hipoteca de otros bienes del propio deudor, o de un tercero, si se extingue la deuda se extingue también el derecho real de garantía respecto de otros bienes del deudor o de un tercero.

En cuanto al resto de las cuestiones que se plantean, debe partirse en principio que estas normas o criterios no son aplicables, salvo acuerdo de las partes, cuando ya se haya iniciado el proceso de ejecución, y se hayan anunciado las subastas, por lo tanto no se puede saber cuál sería el resultado de la subasta.

En cuanto a los efectos que se producen, volviendo a la naturaleza de la dación en pago, como modo de extinción de las obligaciones, como acuerdo de acreedor y deudor, en el presente caso por aplicación del código de buenas prácticas bancarias si el acreedor se ha adherido previamente, implica que el deudor entrega al acreedor el bien en pago de la deuda; produciendo efectos respecto de ambas partes de la relación jurídica acreedor y deudor, así cualquiera que fuera el importe de la deuda, por principal, intereses remuneratorios, o moratorios, el efecto es la extinción total y absoluta de la deuda, con independencia de si el hipotético valor de venta o realización fuera superior o inferior a la deuda o del valor de tasación, respecto al bien se produce la transmisión del dominio al acreedor en pago de la totalidad de la deuda, sin que por lo tanto se deba entrar a realizar ningún tipo de liquidación, ni valorar si la deuda existente al momento de la dación en pago es mayor o menor al valor de tasación del bien, del valor de venta, valor de realización etc., no deberá procederse ningún tipo de pago o reintegro por parte de la entidad bancaria al deudor, pues reiterando los efectos de la dación en pago, la deuda se extingue como consecuencia de la transmisión del dominio del bien hipotecado al acreedor, sin que se tenga en cuenta el valor del bien cuyo dominio se transmite al acreedor .

3. Luis Alberto Gil Nogueras: Magistrado-Juez Juzgado de Primera Instancia nº 3 Zaragoza

A mi juicio todas las cuestiones que asocian a la figura de la dación en pago, parten de una defectuosa regulación de la misma. Estrictamente el Código Civil sólo se refiere a ella, y de modo negativo en el art. 1166 EDL 1889/1 , (si bien en algunas ocasiones se ha intentado asociar a otras figuras muy afines, aunque a mi juicio, distintas, como la cesión convencional de bienes en beneficio de los acreedores regulada en el art. 1175 EDL 1889/1), y en algunos preceptos específicos de algunos contratos, como sucede con el de fianza.

El punto de partida de la dación en pago en nuestro país es que conforme a lo pactado (y cabe recordar que en los contratos lo pactado tiene fuerza de ley entre los contratantes conforme al art. 1091 CC EDL 1889/1 y en consecuencia debe de estarse a ello), el acreedor a una prestación tiene derecho a percibir íntegramente lo comprometido por el deudor. Y así el deudor no puede obligar al acreedor a recibir una cosa diferente de la que constituye el objeto de su prestación. No puede entregar un inmueble a cambio de una deuda dineraria frente a la voluntad del acreedor. Así lo establece el art. 1166 EDL 1889/1 . Ahora bien el propio art. 1091 ya transcrito y el contenido del art. 1255 CC EDL 1889/1 (que regula la libertad de pactos, cláusulas y condiciones entre las partes que no sean contrarias a las leyes, a la moral, y al orden público), con la propia interpretación del contenido del art. 1166, habilita la posibilidad de un pacto de dación en pago con efectos extintivos de la obligación. Por tanto un acuerdo entre acreedor y deudor mediante el cual el acreedor recibe una prestación distinta de la debida dándose por satisfecha la deuda.

Partiendo de esta premisa, creo que la finalidad de la dación en pago es la extinción de la obligación. De hecho como el art. 1166 CC EDL 1889/1 parece traslucir, ello no guarda relación con el igual o mayor valor de la cosa entregada por el deudor. En este sentido la dación en pago difiere de la cesión para pago de acreedores, pues en este caso el art. 1175 EDL 1889/1 , lo que prevé es en realidad una realización de los bienes entregados, para con su valor liquidar por la cantidad contenida y concurrente los créditos, manteniéndose la deuda por el resto salvo pacto en contrario.

Por tanto a mi juicio mientras en el caso de la dación en pago, y a salvo pacto en contrario, el acreedor recibe el bien con independencia de su valor a cambio de dar por extinta la deuda, en la cesión de bienes, salvo pacto en contrario, la liberación del deudor sólo se produce con el resultado de la realización de los bienes entregados, por lo que se hace necesario una liquidación, que en el caso de la dación no tiene lugar, salvo que convenga de este modo.

Por lo que consecuentemente si no es necesario practicar liquidación no existen ninguna obligación de reintegro por parte del acreedor.

Por lo que respecta a la otra cuestión planteada, la subsistencia de la acción contra los fiadores en caso de pacto de dación en pago, para resolverla entiendo que debe de estarse a las reglas generales que rigen la fianza.

Así el punto de partida es el carácter accesorio que tiene la fianza, de tal modo que es requisito esencial de su existencia una previa obligación válida (art. 1824 CC EDL 1889/1). En consonancia con ello al hablar de su extinción el art. 1847 EDL 1889/1 establece que se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas. Ello podía ya mantener, que extinguida merced a la dación en pago la obligación del deudor principal se tendría por extinta la del fiador, como obligación accesoria a aquélla.

Pero además nos encontramos con la concreta previsión del art. 1849 CC EDL 1889/1 que de modo concreto regula este supuesto, y que expone que si el acreedor de modo voluntario acepta un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

Norma esta con gran trascendencia por cuanto como puede observarse aunque la cosa entregada al acreedor por el deudor en dación se pierda por evicción, no renace acción alguna contra el fiador, y ello quizás al entenderse que en estos supuestos la novación extintiva originada lo que genera es una nueva acción contra el deudor, motivada por la evicción, y ya no por la deuda primigenia y garantizada por el fiador.

4. Miguel Ángel Larrosa Amante, Magistrado Audiencia Provincial de Murcia

Se plantea una cuestión de indudable actualidad pero que, mientras no se reforme la ley, no deja de ser nada más que un enfoque puramente teórico o especulativo sobre el futuro de la dación en pago como mecanismo para evitar las ejecuciones hipotecarias y dar una respuesta razonable al deudor y evitar que, como suele ocurrir actualmente, dicho deudor pierda su propiedad y quede en deuda con la entidad de crédito por una importante cantidad añadida.

En tal sentido hay que entender que los presentes comentarios se llevan a cabo de acuerdo con la actual previsión del apdo. b) del RDL 6/2012 EDL 2012/24887 , sin perjuicio de las modificaciones que en la deseable y futura generalización de la medida se puedan imponer a dicho texto. La primera cuestión que se plantea es la relativa a si la dación en pago afectaría a los fiadores del deudor principal, y la respuesta, tal y como está redactado el citado apartado b) es clara cuando extiende los efectos cancelatorios de la deuda no sólo a las responsabilidades personales del deudor sino también de los terceros, quienes no pueden ser otros que los fiadores. En todo caso, aunque no existiese previsión expresa, no cabe duda que también se extendería a los mismos de acuerdo con el régimen general de la fianza del Código Civil EDL 1889/1 , la cual se extingue cuando se extingue la deuda principal.

La segunda cuestión es más polémica en el caso de que la deuda sea menor que el valor de la vivienda. Para responder a esta cuestión hay que entender qué es la dación en pago, conforme se ha desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, configurándose como un mecanismo para extinguir una deuda mediante la entrega de un bien con carácter solutorio. Como pacto entre las partes implicará que ambos habrán negociado tomando como base el valor del inmueble y el importe de la deuda, que no se olvide incluirá los intereses de demora que puedan haberse realizado y si existió un procedimiento judicial las costas del mismo, lo que supone que si el deudor acepta entregar el bien a su acreedor lo hace sin atender al valor real del bien sino con la voluntad de poner fin a la deuda. Lo mismo ocurre en el caso contrario pues el acreedor acepta un bien de valor inferior al de su crédito, lo hace de forma plenamente consciente del alcance de dicho acuerdo y con la misma finalidad de poner fin a la relación obligacional que vinculaba a las partes.

La última cuestión está enlazada con la anterior. La dación en pago siempre será un pacto entre deudor y acreedor y por ello habrá que estar a las condiciones que se hayan pactado, o las que la hipotética reforma legal pueda establecer, de manera que sí se acuerda que la diferencia entre el precio de la vivienda y la deuda debe ser abonada, no será una cuestión de obligada aplicación en todos los casos, sino sólo cuando exista un acuerdo entre las partes en dichos términos.

5. María Félix Tena Aragón, Magistrado AP Cáceres, Sección 2ª

El Real Decreto-ley EDL 2012/24887 contempla varias medidas para paliar las situaciones que se contemplan en la norma y que se recogen, no solo en el Real Decreto como tal, sino también en el anexo que se incorpora al mismo.

Así, una cosa son las medidas llamadas a paliar determinadas condiciones de la deuda hipotecaria manteniendo el bien, art. 4 RD EDL 2012/24887 ; otra las modificaciones de las ejecuciones extrajudiciales, art. 12 EDL 2012/24887 , las especialidades arrendaticias para aquellas personas que ya hubieran sido lanzadas de su domicilio, art. 13 EDL 2012/24887 ; y otra lo que se recoge en el anexo, que se refiere a la reestructuración hipotecaria, art. 1 EDL 2012/24887 , a otras medidas complementarias, art. 2 EDL 2012/24887 , y finalmente a la llamada dación en pago, art. 3 EDL 2012/24887 .

De las cuestiones que se plantean cabe distinguir por lo tanto, si nos encontramos ante una situación u otra, porque si se trata de una reestructuración de la deuda al socaire del art. 1 del anexo, para que alguna de las situaciones que establece ese art les afecte a los fiadores, deberán reunir las condiciones que especifica el art. 3.1.f) EDL 2012/24887 , esto es, para que se considere que el deudor o deudores se encuentran en el umbral de exclusión, si hay fiadores en los mismos también tienen que concurrir las circunstancias de las letras a, b y c de ese mismo art, esto es, que no tenga ingresos que provengan del trabajo personal, que la cuota hipotecaria supere el 60% de los ingresos familiares, y que ese fiador carezca de cualquier otro bien o derechos patrimoniales con los que poder pagar la deuda.

Por el contrario, si nos encontramos en una situación de dación en pago del art. 3 del anexo a ese RD EDL 2012/24887 , la exclusión de los fiadores es automática desde que la entidad acreedora admite esa dación en pago, ya que, como su nombre indica, la misma supone

la cancelación de la deuda, con lo que el fiador queda liberado de su garantía de pago que prestaba, ya que el mismo se ha agotado con la entrega del bien. A ello se refiere expresamente el art. 3, letra b) del anexo.

Otra cuestión es si el valor de la deuda es inferior al del inmueble, si estamos en una subasta del art. 12 RD EDL 2012/24887 o en una subasta judicial, obviamente habrá que hacer la liquidación, y si queda un remanente, deberá entregarse al deudor subastado, ya que el acreedor ya se ha hecho pago de la totalidad de su crédito. Pero si nos encontramos en una situación de dación en pago, y a salvo obviamente de lo que puedan pactar las partes sobre esa posibilidad de que el acreedor entregue al deudor lo que sobrepase el valor de la deuda, considero que al no regular nada al respecto esta norma, debemos recordar que al valor del bien como tal habrá que sumarle los intereses pactados de la deuda más los de mora, y demás gastos, en su caso, con lo que esta situación de hecho creo que en pocas ocasiones se presentaría, pero en todo caso, la dación en pago implica una cancelación de la deuda, sin contraprestación de ningún tipo, que es una opción del deudor, si el mismo decide ello, habrá valorado y ponderado otras posibilidades como vender a un tercero la casa por el importe de la deuda, y el resto de valor le quedaría para él, pero sin esos negocios personales y privados, si se ofrece la vivienda en dación en pago, valga lo que valga el inmueble, y sea cual sea el valor de la deuda, la dación conlleva una compensación sin liquidación, el bien por la deuda, ahí termina la relación de acreedor-deudor.

6. Salvador Vilata Menadas, Magistrado-Juez Juzgado de lo Mercantil nº 1 Valencia

En la Disp. Adic. Sexta de la Ley 37/2011, de 10 octubre, de medidas de agilización procesal EDL 2011/222122 , se incorpora una modificación en punto a la habilidad de la adjudicación a favor del acreedor ejecutante por una cantidad igual o superior al 50% del valor de tasación (o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos) cuando la ejecución se contraiga a bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor. El art. 670.4 LEC EDL 2000/77463 , tras la modificación operada por el RDL 8/2011, de 1 julio EDL 2011/118864 , previene en su párrafo segundo que "transcurrido indicado plazo (de diez días) sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura". El art. 671 EDL 2000/77463 , para el caso de subasta sin postores, prevé que el acreedor pueda pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.

El Preámbulo del citado RDL 8/2011, de 1 julio EDL 2011/118864 enuncia (romanos II) que "se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor". Y en todos esos casos, de no haberse cubierto el total de la deuda pendiente, el obligado continua como deudor por el resto no atendido.

Esto es, la Ley de agilización procesal EDL 2011/222122 , norma posterior en el tiempo al RDL 8/2011, de 1 julio EDL 2011/118864 , modifica la situación dada desde la irrupción normativa de este último, en el sentido de volver a relajar la exigencia de la postura mínima hasta el 50% (y no el 60%) cuando el bien de cuya ejecución se trate no conforme vivienda habitual del deudor. Ahora bien, tal situación solo es así para el caso de subasta sin postores, porque sin embargo para el caso de concurrencia de postores y posturas inferiores al 70%, lo que la norma prevé en su párrafo segundo es que "...para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura"

Así, la actual legislación prevé el distingo según el caso de que la ejecución de bienes inmuebles de que se trate (sean bienes especialmente hipotecados o no) tenga por objeto la vivienda habitual del deudor o se trate de bienes inmuebles que no conformen tal.

En los términos de la cuestión planteada, en el apdo. 3 del Anexo incorporado al RDL 6/2012, de 9 marzo EDL 2012/24887 , rubricado como "Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual", en la letra b), se enuncia textualmente que "la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda". Pero téngase en cuenta el límite que se establece por la letra e) en cuanto que no será aplicable a los procedimientos de ejecución en que ya se hubiere operado el anuncio de subasta.

Como dice la reciente STS de 27 diciembre 2012 EDJ 2012/310474 , con cita de las SSTS de 25 mayo 1999 EDJ 1999/12472 , 23 septiembre 2002 EDJ 2002/35891 y 19 octubre 2006 EDJ 2006/288716 , la dación en pago o *datio in solutum* es una forma especial de pago, es el negocio jurídico por el que el deudor realiza a título de pago, una prestación distinta a la debida y el acreedor la acepta; el dominio pleno del bien se transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, produciéndose los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación. En este sentido, la jurisprudencia ya había precisado con nitidez las diferencias entre la *datio pro soluto* y la *datio pro solvendo*. Merecen destacarse, en este orden de cosas, los pronunciamientos contenidos en las SSTS de 28 junio 1997 EDJ 1997/4454 y 1 octubre 2009 EDJ 2009/229008 .

Así las cosas, es claro que operándose la extinción de la obligación por consecuencia del negocio jurídico oneroso que se desenvuelve, también los fiadores quedan liberados en cuanto que nada se les ha de poder reclamar por cuanto la obligación ha quedado extinta.

Y no cabría sostener eventuales pretensiones de liquidación concreta del saldo deudor preexistente, en orden a sostener eventuales reclamaciones dinerarias en atención al valor del inmueble cuyo dominio se ha transmitido por dación en pago, con extinción de la obligación dineraria preexistente. Y al respecto no habría de poderse sostener un inexistente supuesto de enriquecimiento injusto, en su

caso. Como dice la ya citada STS de 27 diciembre 2012 EDJ 2012/310474 "la acción por enriquecimiento injusto es subsidiaria, en el sentido de que no cabe alegarla si ha mediado un contrato o un acto o negocio jurídico. Y 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. Se puede impugnar el negocio jurídico por las causas generales de ineficacia o invalidez, pero no por enriquecimiento injusto".

7. Eduardo Salinas Verdeguer, Presidente AP Albacete

La respuesta a las tres cuestiones es que, 1º la dación en pago alcanza a los fiadores, 2º extingue toda la deuda, salvo que se pacte lo contrario y, 3º sólo en este último caso de pacto en contrario, puede ser procedente la liquidación y el pago de la diferencia por el acreedor al hipotecante.

La dación en pago tiene los mismos requisitos del contrato, requiere la conjunción de oferta y aceptación, en realidad es una forma de novación de un contrato anterior, en que los contratantes convienen que la obligación surgida de aquel que de extinguida con una prestación distinta de la inicialmente pactada.

En el contrato de préstamo garantizado con hipoteca se puede pactar la dación en pago del bien hipotecado, para extinguir la obligación del pago de la deuda garantizada con hipoteca, pues no hay duda de que es posible convenirlo desde el principio, como preceptúa el art. 140 LH EDL 1946/59, según el cual: "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 del patrimonio del deudor".

Si con el pacto de dación en pago se sustituye la prestación pactada inicialmente por otra (en este caso la entrega del bien hipotecado), con esta queda extinguida aquella obligación y consecuentemente las obligaciones accesorias, como la fianza, tal como dispone el art. 1847 CC EDL 1889/1, según el cual "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", sin que se pueda pactar lo contrario sin el asentimiento del fiador.

El abono por el acreedor de una cantidad al deudor que da en pago su vivienda dependerá del convenio entre ellos. En una situación normal de mercado, si el valor de la vivienda es claramente superior al importe restante que se adeude, el deudor no pactará una dación en pago que no le interesa, sino que esperará a la ejecución de la hipoteca, para cobrar la cantidad remanente después del pago de la deuda, mientras que en el caso contrario probablemente al acreedor no estará interesado, ya que en ese caso la dación le produce una pérdida patrimonial. Sin embargo la actualidad, con el casi completo colapso del mercado inmobiliario, cuando no acuden postores a las subastas para la ejecución de hipotecas, es probable que la dación en pago interese tanto al hipotecante como a su acreedor, por el riesgo de que el bien no alcance en subasta el valor que le supone o incluso de que quede desierta la subasta, con la consecuencia de que el deudor pierda la propiedad del bien y siga adeudando una parte, mientras que el acreedor anota una pérdida en su contabilidad y se adjudica un inmueble, que no consigue vender, pero le produce gastos.

Frente a esta situación el RDL citado EDL 2012/24887, respetando la libertad de pactos y sin imponer obligatoriamente la dación en pago, ha establecido medidas que la favorecen, como verbigracia que la novación no produzca la alteración o pérdida de rango de la hipoteca, de la misma forma que está prevista en el art. 4.3 de la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios del 30 marzo 1994 EDL 1994/15452.

Aunque la aceptación por las partes de la dación en pago es voluntaria, cuando las entidades financieras aceptan el código de buenas prácticas, automáticamente realizan una oferta contractual para extinguir los créditos con garantía hipotecaria que cumplan los requisitos exigidos en la norma con la dación en pago. En el punto 3. b de este código EDL 2012/24887, se prevé expresamente que "la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda". En el párrafo d se prevé la posibilidad de que las partes pacten "la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión". Por tanto el código de buenas prácticas impone a las entidades financieras que lo acepten la obligación de ofertar la dación en pago, en los supuestos que cumplan los requisitos exigidos, con la consecuencia obligatoria de la completa extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la opcional de poder pactar el pago al deudor de una parte de la diferencia entre la deuda y el precio obtenido por la venta de la vivienda.

8. Vicente Magro Servet, Magistrado, Presidente Audiencia Provincial Alicante

Hay que valorar que la medida de la dación en pago prevista en la norma se acaba convirtiendo en una medida de "ultima ratio" en virtud de la cual la entidad bancaria, después de haber intentado con el deudor una reestructuración de la deuda, a este le resulta inviable la continuación de la situación de pago. Así, el punto 3º a) del Código de Buenas Prácticas EDL 2012/24887 para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual apunta que "En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 2 RDL 6/2012, de 9 marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos EDL 2012/24887, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apdo. 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda." Y luego, en efecto, se añade en el apartado b) EDL 2012/24887 que "b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda."

Ello quiere decir en primer lugar que obviamente los fiadores también quedan exonerados de responsabilidad por la deuda que tenían avalada en solidaridad con el deudor principal, ya que la extinción de la deuda que lleva la dación en pago alcanza a todos los sujetos obligados en la relación obligacional del préstamo hipotecario, y entre ellos al fiador. Pero debemos notar que el deudor acepta que con la dación en pago la extinción de la deuda sin derecho a compensación alguna para ninguna de las partes, por lo que el deudor asume que no hay liquidación en la extinción de la deuda, sino que esta se materializa con la entrega del inmueble a la entidad bancaria. Lo único que se admite en la regulación normativa (que por otra parte no contempla liquidación alguna sino simplemente entrega del bien a cambio de la extinción) es que en el apartado d) EDL 2012/24887 se apunta que "Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión". Por ello, la respuesta debe ser negativa con asunción por el deudor del riesgo de que con la entrega pudiera resultar perjudicado. Pero es opción que se ejecuta por su propia voluntad de solicitar la extinción de la deuda por la entrega del inmueble. No olvidemos que la diferencia entre la dación en pago y la figura de la cesión de bienes es que la primera es aquella por la que 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, y la segunda es un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente. Da el concepto la Sentencia de 23 septiembre 2002 EDJ 2002/35891 en estos términos: "Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992 EDJ 1992/10194 , 26-6-1993, 2-12-1994, 8-2-1996 EDJ 1996/945 , entre otras)." Por ello, la respuesta debe ser negativa en aras a asumir las consecuencias de la dación en pago que quedan claras en la norma.