

Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor ejecutante: una perspectiva desde el Derecho Civil

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Contratada Doctora de la Universidad Antonio de Nebrija
y del Centro Universitario Villanueva*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE SE PARTE.
- II. INCONVENIENTES QUE SE PLANTEAN DESDE EL DERECHO CIVIL PARA ADMITIR LA MAL LLAMADA DACIÓN EN PAGO EN LA ADJUDICACIÓN DE FINCA AL ACREEDOR HIPOTECARIO Y QUE DICHA ADJUDICACIÓN EXTINGA LA DEUDA GARANTIZADA:
 1. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA.
 2. LA AUSENCIA DEL PACTO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DEL ARTÍCULO 140 LH.
 3. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA RESPECTO A LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.
 4. LA NO EXTINCIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA.
 5. INCONVENIENTES LEGALES.
 6. INCONVENIENTES JURISPRUDENCIALES.
 7. DIFICULTADES PARA APLICAR LAS MEDIDAS CORRECTORAS PREVISTAS POR NUESTRO ORDENAMIENTO:
 1. *Abuso del derecho.*
 2. *Enriquecimiento injusto.*
 3. *Desequilibrio contractual y cláusula rebus sic stantibus.*
 4. *Doctrina actos propios.*

8. INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA BANCARIA.

III. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El tema que se va a abordar desde distintas perspectivas a lo largo de este curso, la famosa dación en pago, genera discusión y pasión en muy diferentes sectores de la sociedad, pues es un tema que ha trascendido de lo jurídico para situarse en la realidad cotidiana de nuestro país, sobre el que tanto se habla desde las aulas hasta el bar, pasando, como no, por la prensa y medios de comunicación.

Parece este, por tanto, el foro adecuado para estudiarlo con seriedad y rigor, tratando de arrojar luz al pequeño caos existente en torno al mismo, por lo que considero que la elección del tema por los organizadores no podía ser mas acertada.

Hoy nos toca analizar la dación en pago en los préstamos hipotecarios desde el Derecho Civil, si bien, y comenzando ya con mi ponencia, he de aclarar que no voy a hablar exactamente sobre la dación en pago en los préstamos hipotecarios, sino, de la «mal llamada» dación en pago; es decir, de la posibilidad de que el acreedor hipotecario, al adjudicarse la finca ejecutada por menos valor de la deuda preexistente, se dé por pagado y se extinga la deuda garantizada.

Ya adelanto que esto no es un verdadero supuesto de dación en pago aunque, en la realidad extendida a la que antes me refería, así se ha denominado. Pues bien, voy a tratar de argumentar, desde el punto de vista del Derecho Civil, cómo esta posibilidad tan repetida y reclamada no es factible, teniendo en cuenta nuestro propio ordenamiento y nuestra tradición jurídica civil e hipotecaria.

Empecemos por el principio.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE SE PARTE

La situación de crisis económica que vivimos en estos momentos ha hecho que se replanteen y cuestionen tanto instituciones financieras como jurídicas que se encontraban bien enraizadas en nuestra sociedad.

De este modo, y concretamente, se han alzado voces para tratar de paliar o aminorar la grave situación en la que se encuentra un deudor hipotecante, tras producirse una ejecución hipotecaria por impago, en la que pierde la finca a favor del acreedor, y cuando el valor de esta no alcanza a cubrir la totalidad

de la deuda. En estos casos, el deudor que ha perdido la vivienda, como no ha terminado de pagar su deuda con el acreedor, puede ser sometido a una ejecución, ahora de carácter personal, consecuencia de la cual se embarguen otros bienes que le quedaban en su patrimonio.

Para importantes sectores de la sociedad, esto supone una carga inaceptable para el deudor que, además de verse despojado de su vivienda, tiene que seguir pagando la deuda pendiente. Siendo cierta la gravedad del hecho, lo que no compartimos es la solución propugnada por estos sectores, y avalada también por cierta jurisprudencia menor. La solución que ofrecen es que, en los casos en los que el acreedor hipotecario (en la mayoría de los casos una entidad financiera o crediticia) se adjudique la finca hipotecada como consecuencia de la ejecución, y el valor de esta no alcance a cubrir la totalidad de la deuda pendiente, esa adjudicación debe actuar a modo de una dación en pago, y por lo tanto extinguir la deuda de forma definitiva sin que pueda continuarse la ejecución vía personal por la cantidad pendiente de cobro. El acreedor hipotecario ejecutante no podría en este caso dirigirse contra el patrimonio del deudor para intentar cobrar lo pendiente de pago, contraviniendo, a nuestro parecer, los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor, y desconociendo la naturaleza y función de garantía de la hipoteca, su carácter accesorio, y una pluralidad de preceptos legales vigentes en nuestro ordenamiento.

Esta postura abogando a favor de la adjudicación en pago del bien ejecutado al acreedor, extinguiendo la deuda, tuvo su detonante, conocido por todos, en el famoso Auto 111/2010 de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra, al que han seguido otros, aunque con diferentes argumentos, y que ha suscitado polémica entre todos los agentes que intervienen en torno a los créditos garantizados con hipoteca: entidades financieras, asociaciones de consumidores, colegios profesionales del ámbito inmobiliario, y particulares en general. El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir la deuda, es irrelevante para estos sectores y se ha subrayado por las Audiencias Provinciales, pues como el inmueble se tasó previamente en una cantidad suficiente para cubrir la deuda, y no se ha solicitado su modificación, el acreedor hipotecario debe asumir esta pérdida. Su adjudicación, entonces, a modo de dación en pago, debe ser *pro soluto* y extinguir la deuda completamente.

Esta afirmación repetida por varias resoluciones judiciales es la que vamos a tratar de rebatir en esta ponencia. Es decir, no creemos posible que, en la actualidad, con nuestro ordenamiento civil e hipotecario, sea factible esta solución o esta propuesta de que la adjudicación de la finca ejecutada al acreedor pueda extinguir la deuda, pues lo impiden varios y múltiples inconvenientes que desgranamos a continuación.

Es decir, no vamos a analizar la dación en pago como solución al problema planteado que, por ejemplo, admite el Real Decreto 6/2012, y que será objeto

de análisis a lo largo de las distintas ponencias de este curso de verano, que puede ser una solución perfectamente admisible en nuestro ordenamiento, si así se pacta y establece, sino que vamos a tratar de la mal llamada «dación en pago», es decir, de la posibilidad de la extinción de la deuda con la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante, como si fuera una limitación de responsabilidad hipotecaria obligatoria —o semi— en los casos de incumplimiento.

Hoy en día, y mientras el legislador no cambie los preceptos legales, no puede admitirse este tipo de afirmaciones ni soluciones dadas por la jurisprudencia menor, y amplificadas sobremanera por la prensa y medios de comunicación.

¿Cuáles son los inconvenientes para admitir que la adjudicación en pago de la finca ejecutada al acreedor hipotecario debe extinguir la deuda y por tanto impedir que se continúe la ejecución por parte del acreedor en vía personal?

Los vemos a continuación.

II. INCONVENIENTES QUE SE PLANTEAN DESDE EL DERECHO CIVIL PARA ADMITIR LA MAL LLAMADA DACIÓN EN PAGO EN LA ADJUDICACIÓN DE FINCA AL ACREEDOR HIPOTECARIO Y QUE DICHA ADJUDICACIÓN EXTINGA LA DEUDA GARANTIZADA

I. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

El primer argumento o inconveniente que encontramos para impedir que el acreedor ejecutante, se adjudique la finca hipotecada como pago de su deuda lo encontramos en la propia función de garantía de la hipoteca.

Los derechos reales de garantía aseguran el cumplimiento de una obligación principal, mediante la afección de un bien determinado y su realización de valor, para poder satisfacer aquella, sea quien sea el poseedor de la cosa dada en garantía, y con carácter preferente y oponibilidad *erga omnes*. Es decir, el acreedor, una vez incumplida la obligación principal por el deudor, puede ejercitar el *ius distrahendi*, propio de los derechos reales de garantía y vender el bien para, con el importe obtenido con su venta, cobrar su deuda y satisfacer su crédito, de manera preferente.

Las garantías reales facilitan, mejoran y aseguran el cobro de los créditos a los acreedores, ya que si al dirigirse al patrimonio de su deudor para intentar cobrar, como consecuencia del artículo 1911 del Código Civil, en este no hubiera ya bienes, pues, por ejemplo, se han enajenado a favor de terceros, el acreedor siempre podrá dirigirse contra el bien concreto sobre el que se estableció la garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre actualmente. De este modo, son un «plus», un extra, a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), pues cuando no se puede cobrar por ese procedimiento,

al no quedar ya bienes en poder del deudor, el acreedor tendrá un instrumento mas, que es ejercitar el derecho de garantía, el *ius distrahendi*, vender el bien, lo tenga quien lo tenga, y cobrar su crédito.

Son concluyentes en este sentido, y a la hora de explicar la función de garantía de los derechos reales de garantía, las palabras de LACRUZ BERDEJO¹, que afirma: «El derecho de crédito —personal— es relativo, es decir, eficaz solo *inter partes*; que vincula la conducta del deudor pero quedando afectado en su garantía su patrimonio para, en caso de incumplimiento, satisfacer a su costa el interés del acreedor. En estas condiciones es posible que, llegado el vencimiento de la obligación, incumplida por el deudor, carezca su patrimonio de bienes en que hacer efectivo aquel interés del acreedor. Pues bien, un intento de remediar esta limitación y de prevenir este riesgo, consiste en dotar —de algún modo— al derecho de crédito de la inherencia y de la reipersecutoriedad propias de los derechos reales, de tal modo que se mantengan afectos a la garantía también sus bienes pretéritos, es decir los que se hallen en poder de un tercer adquirente... Para producir este efecto se grava con un derecho real —absoluto, *erga omnes*, dotado de reipersecutoriedad— de garantía el bien o bienes de que se trate».

GÓMEZ GÁLLIGO explica esta relación de garantía o aseguramiento de los derechos reales de garantía de la siguiente forma: después de afirmar que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, añade que «una seguridad más firme la obtiene el acreedor mediante la constitución de los derechos de garantía, con los que uno o más bienes determinados quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de esta»².

Consecuentemente, cuando existe un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación, el acreedor tiene a su favor, una doble responsabilidad: *a*) la personal del deudor (art. 1911 CC), como en toda obligación, y *b*) la real, pues el bien dado en garantía responde con su valor en venta de la misma obligación, esté donde esté. El acreedor puede dirigirse vía personal o vía real para tratar de cobrar la obligación incumplida, y nada impide que ejercite una detrás de otra si no hubiera alcanzado a cubrir su deuda. La responsabilidad real no excluye la personal, ni viceversa. Esto es así porque, como ya hemos dicho, la garantía hipotecaria amplía la responsabilidad, esa es su función, y de esta forma asegura o favorece el cobro del crédito al acreedor.

En este sentido, véanse las palabras de LACRUZ BERDEJO³: «El deudor puede cualificar su responsabilidad patrimonial universal gravando bienes que

¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 191.

² GÓMEZ GÁLLIGO, J., *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009, pág. 54.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, *ob. cit.*, págs. 191-194.

quedan especial, preferente y absolutamente afectos a satisfacer con su valor el interés del acreedor, caso de incumplimiento por su parte. Puede también ampliar aquella responsabilidad patrimonial universal si un tercero ofrece alguno o algunos de sus bienes para que sean gravados a los mismos efectos». Y continúa este autor diciendo que «esta garantía específica, preferente y real, no excluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Como dice el artículo 105 LH, la hipoteca *...no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil...*, cuando el bien gravado se halla en el patrimonio del deudor la concurrencia de las dos afecciones en garantía de su responsabilidad —personal e ilimitada, real y preferente, respectivamente— no plantea cuestión: la alteración se reduce al orden de prelación de bienes y a la preferencia satisfactoria del crédito; se hace efectiva la responsabilidad por vía del gravamen real, se anteponen los bienes pignoralos o hipotecados (arts. 681 y sigs. LEC); y con el precio obtenido en la realización de su valor se satisfará el crédito garantizado sin que se imponga al acreedor ejecutante la *pars conditio creditorum*. En cambio, cuando el bien objeto del gravamen real no se halla en el patrimonio del deudor —sea porque constituyó el gravamen un tercero, sea porque el deudor lo constituyó, enajenó después el bien gravado— el acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor, puede optar entre el ejercicio de su acción crediticia —personal— contra el deudor agrediendo todo su patrimonio en *pars conditio* con otros eventuales acreedores, o bien dirigirse —a través del que sea titular— contra los bienes gravados y con carácter preferente».

El derecho de hipoteca es un derecho real de garantía sin discusión, como se desprende de los artículos 1858 del Código Civil, y 129 y siguientes de la LH, y además ha repetido la jurisprudencia en varias ocasiones⁴. Por lo tanto, cumple esa función de aseguramiento propia de aquellos, que no excluye, sino que amplía, la responsabilidad patrimonial del deudor. Siendo este el contenido típico de la garantía, pues amplía, mejora las posibilidades de cobro del acreedor, sino, no sería garantía. Luego la función de garantía (que además es la que une el crédito y la hipoteca), justifica que el acreedor siempre tenga dos vías abiertas para su cobro: la real y la personal. Si se priva al acreedor hipotecario de una de ellas (la personal), la función de garantía quedaría mermada, disminuida o anulada, pues poco aseguramiento añade si no preserva la responsabilidad normal de todo deudor y solo ofrece la real.

En este sentido, es concluyente y claro el artículo 105 LH, que ya se ha mencionado, pues expresamente afirma que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de todo tipo de obligaciones y no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

⁴ Véase, por todas, STS de 3 de julio de 1997 y RDGRN de 3 de abril de 1998.

La función de garantía propia de la hipoteca como un refuerzo de la responsabilidad patrimonial del deudor es contraria a la solución que se propone por los sectores defensores del deudor, pues no puede obligarse al acreedor a perseguir únicamente los bienes hipotecados, cuando son un simple refuerzo de la responsabilidad personal del deudor, que persiste, y por tanto nada impide al acreedor a continuar ejecución contra él y su patrimonio.

2. LA AUSENCIA DEL PACTO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DEL ARTÍCULO 140 LH

Cosa distinta sería si se hubiese establecido expresamente el pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria que contempla el artículo 140 LH, al afirmar que «no obstante lo dispuesto en el artículo 105 LH —no exclusión de la responsabilidad patrimonial universal del deudor— 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 deudor».

Se contempla en este artículo la posibilidad de concretar la responsabilidad hipotecaria a los bienes hipotecados, en cuyo caso, no podría seguirse ejecución hipotecaria más allá de dichos bienes, como se plantea en el supuesto que comentamos. Esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, pero debe pactarse expresamente en la escritura de constitución de hipoteca, y si no se hace, estaremos ante la regla general de superposición de dos responsabilidades, la real y la personal.

El artículo 140 LH, de limitación de responsabilidad hipotecaria, se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1944, para «favorecer el crédito y la posición del deudor», que excluía de este modo, el resto de su patrimonio de la posible agresión de su acreedor hipotecario.

En este supuesto realmente lo que se prevé es una exclusión de la responsabilidad personal del deudor, se elimina y desaparece, impidiendo en cualquier caso al acreedor, incluso si caduca la inscripción de la hipoteca, o se pierde la cosa dada en garantía, cobrar vía personal pues no existe esa responsabilidad.

Por otra parte, la responsabilidad real que se contempla en el artículo 140 LH se limita al importe obtenido en la enajenación del inmueble, ni siquiera al importe real del bien, disminuyendo todavía mas la garantía del acreedor.

Si con el artículo 140 LH se elimina la responsabilidad personal del deudor, esto supone una separación clara entre la deuda y la responsabilidad, entre la deuda y la garantía; si además, se puede establecer una hipoteca flotante para garantizar esa deuda, u otra futura que no está determinada en todos sus as-

pectos (art. 153 bis LH), como concluye PAU PEDRÓN⁵, esta mezcla un tanto explosiva puede asemejarse mucho a la deuda territorial alemana, ya que hay cierta abstracción entre la garantía y la deuda garantizada, pues ambas se alejan cada vez más.

Por eso, la admisión como regla general de la limitación de la responsabilidad hipotecaria, tal y como preconizan ciertos sectores para solucionar el problema descrito, no nos parece del todo correcta por las siguientes razones que se acaban de exponer y resumimos de esta forma: *a)* se disminuye o merma la función propia de garantía de la hipoteca; *b)* hay mayor riesgo de una abstracción hipotecaria, similar a la deuda territorial alemana; que no es mala, pero no encaja en nuestro sistema y aunque quisiéramos establecerla, no tendría éxito por lo fluctuante y poco sólido que es el mercado hipotecario español; *c)* Y por último, es poco frecuente el establecimiento de este pacto expreso en la práctica, ya que, al limitarse la responsabilidad a la real, el acreedor hipotecario ve limitada su garantía de cobro, y por eso no suele acceder a su inserción, y si lo hace, suele repercutir en un tipo de interés más elevado en sus préstamos hipotecarios que pudieran compensar de alguna forma la disminución de garantías.

Como afirma PRETEL SERRANO⁶, este pacto no ha tenido ninguna utilización en la práctica, lo que demuestra el hecho de que no hay ni una sola sentencia del Tribunal Supremo ni resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en este sentido. A continuación añade que a su modo de ver esto se debe a que «no hay ninguna razón para que el acreedor prescinda anticipadamente de la responsabilidad universal del deudor. Muy al contrario: no solamente es la responsabilidad universal junto a la garantía hipotecaria, la que desea el acreedor, sino que es muy frecuente que, normalmente por las entidades de crédito, se exijan además otras garantías accesorias, que incluso llegan a desvirtuar el sentido de la figura del derecho real de hipoteca».

Es decir, la posibilidad que se apunta como solución a la situación angustiosa del deudor, ya existe en nuestro ordenamiento, pero no se utiliza, por la disminución de la función de garantía que supone, desnaturalizando la función propia de un derecho real de garantía, que no es otra que ampliar la responsabilidad personal del deudor.

⁵ PAU PEDRÓN, A., sostuvo esta tesis en su ponencia «La extensión de la responsabilidad personal en el crédito hipotecario: de la limitación de responsabilidad a las garantías desproporcionadas», en la *RAJL*, el 7 de junio de 2012.

⁶ PRETEL SERRANO, J. J., «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.

3. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA RESPECTO A LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La accesoriidad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que se hace inviable la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura, tal y como se deduce de los artículos 1857, 1876 y 1528 del Código Civil.

La jurisprudencia en muchas ocasiones se ha manifestado a favor de la accesoriidad de la hipoteca⁷. Baste ver, por todas ellas, lo que afirma la STS de 29 de junio de 1989: «...por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquella subsiste en tanto este también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectado a éste y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil».

Manifestación clara de la accesoriidad de la hipoteca es el hecho de que no puede subsistir sin la obligación que garantiza, cuando esta ya se extinguió, pues al extinguirse la obligación se extingue la hipoteca (en este sentido, RRDGRN de 30 de octubre de 1889, 2 de diciembre de 1999 y 30 de junio de 1933). Esto quiere decir que la hipoteca se extinguirá por las mismas causas que la obligación. Por tanto, extinguida la obligación principal por cualquiera de las causas contempladas en el Código Civil (art. 1156 y otros), se extinguirá la hipoteca. Pero, además, la hipoteca puede también extinguirse sin que su muerte afecte a la obligación garantizada (por ser esta principal); luego, existen, también, causas propias de extinción de la hipoteca que determinan su muerte, permaneciendo viva y activa la obligación garantizada. Estas causas de extinción propias de la hipoteca serán las de los derechos reales, que son, por ejemplo: la renuncia, el acuerdo deudor-acreedor, la pérdida de la cosa, la confusión, etc., y como no puede ser de otra forma la extinción de la garantía consecuente a su ejecución, que es el caso que nos ocupa.

De este modo, si se ejecuta una hipoteca, al realizarse en valor el bien sobre el que se impuso, la hipoteca se extinguirá, y se deberá cancelar en el Registro, pero eso no implica —porque es accesorio— que se extinga la obligación principal, si esta no ha sido satisfecha en su totalidad al acreedor, como es el caso que estudiamos.

⁷ Como, por ejemplo, en las SSTs de 26 de marzo de 1999; 6 de octubre de 1995; 18 de noviembre de 1993, 29 de junio de 1989; 13 de julio de 1984; 30 de enero de 1984; 22 de noviembre de 1963; 8 de noviembre de 1960; 19 de mayo de 1958; 23 de abril de 1957, y las RRDGRN de 22 de junio de 1995; 17 de agosto de 1993; 3 de octubre de 1991; 22 de mayo de 1988; 23 de diciembre de 1987; 26 de mayo de 1986; 4 de julio de 1984; Res. de 23 de mayo de 1964, y 2 de noviembre de 1959, entre otras muchas.

Tanto en la ejecución, como en la renuncia a la hipoteca, u otras causas de extinción exclusiva del derecho real, permanece el crédito asegurado, pero es que este crédito será, de nuevo, un crédito ordinario que subyace siempre en el crédito hipotecario. El crédito hipotecario, como crédito especial y preferente, desaparece al hacerlo la hipoteca, y por su cancelación. Pero, permanece un crédito ordinario, normal y completo como tal crédito ordinario, al que no le falta nada, y que el acreedor puede ejercitar, intentando su cobro.

Esto es debido a que la garantía en que consiste la hipoteca es un «plus» añadido a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), y por consiguiente, este siempre responderá del crédito de su acreedor, con todos sus bienes presentes y futuros, además de con los hipotecados. El crédito asegurado con hipoteca —crédito hipotecario— no excluye la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH), relativa y concerniente a todo deudor de la obligación subyacente como ya hemos explicado en el apartado anterior.

Sin embargo, hoy en día, son muchos los autores que empiezan a dudar de que, en todo caso, la hipoteca sea accesorio del crédito, y encuentran determinados supuestos en los que no se cumple exactamente la accesoriedad de la hipoteca, sino que, más bien, perciben una mayor separación e independencia de la hipoteca con respecto al crédito garantizado⁸. Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son: la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada, hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto, asimismo, en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario, que requiere negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario, en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por la accesoriedad, es otro ejemplo de cómo este principio, desde luego no es dogma, y que tiene varias fisuras.

⁸ En este sentido como voces que ponen en tela de juicio la accesoriedad de la hipoteca, podemos ver a DE LA RICA Y ARENAL, R., «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327. En este artículo hace una extensa y brillante exposición de sus ideas, al cual me remito desde estas líneas, por traspasar los límites de este trabajo; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1949, págs. 83-115; LACAL, P., «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 140-144; MOXÓ RUANO, A., «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68; REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 25-56.

Es cierto que la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito quiebra en varias ocasiones, y que por eso no puede considerarse como un dogma absoluto e insuperable, tal y como hemos defendido en otras ocasiones⁹.

Sin embargo, considero que la hipoteca puede ser accesorio del crédito en cuanto nace para garantizar una obligación, y, en ese sentido, depende de ella; pero, esto se deriva, precisamente, de la función de garantía que cumple, al igual que el resto de los derechos reales de igual categoría. Se trata, entonces, de una accesoriedad funcional o finalística, para cumplir la función que tiene asignada —garantía—. La hipoteca sigue al crédito para asegurarlo¹⁰.

Y, precisamente, esa función de garantía es lo que une inexorablemente el crédito y el derecho real, en lo que hemos denominado una relación de accesoriedad funcional. La accesoriedad funcional así entendida, hace que sea imposible limitar o coartar la responsabilidad a la hipotecaria —salvo pacto expreso—, pues esto impediría que la hipoteca cumpliera su función de mejorar el aseguramiento, de garantía.

Eso sí, una vez extinguida la hipoteca por sus causas propias, el acreedor tiene un crédito ordinario, y para su cobro ya no goza de ninguna preferencia, ni oponibilidad, y deberá concurrir en plano de igualdad con el resto de acreedores ordinarios que intenten satisfacer sus créditos. Pero puede seguir dirigiéndose contra «todos los bienes presentes y futuros del deudor» por lo que quede pendiente de cobro tras la ejecución.

No se puede olvidar que lo principal tiene su propia vida y autonomía y, por lo tanto, puede vivir con independencia de todo lo que le resulte accesorio; por el contrario, lo accesorio depende en su existencia de lo principal, sin lo cual no puede vivir. Por eso, una cosa es que la accesoriedad no sea un dogma absoluto que admita fisuras, y otra que demos la vuelta a dicho principio, de forma que al extinguirse lo accesorio se extinga lo principal. Como dice

⁹ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La cancelación negocial del crédito hipotecario», CER, Madrid, 2000, págs. 186-189, y «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.

¹⁰ Tampoco compartimos la idea de la unidad inescindible del crédito hipotecario, que mantienen los defensores de la tesis de unidad de crédito hipotecario o integrista. Sostienen estos autores que la influencia de la hipoteca va a ser tal en el crédito que, desde el momento que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el «crédito hipotecario»; distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito más una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el crédito hipotecario. El mayor precursor de esta tesis es AMORÓS GUARDIOLA, y le siguen aunque en menor escala LALAGUNA DOMÍNGUEZ y GULLÓN BALLESTEROS —con varios matices—. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, págs. 11-97; GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 96-111.

CORDERO LOBATO¹¹, «la relación de accesoriedad no se produce en el sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada».

Es decir, la accesoriedad funcional de la hipoteca respecto del crédito garantizado impediría, en cualquier caso, que extinguido lo accesorio (la hipoteca por ejecución), esa extinción conllevara la extinción de lo principal. Se alteraría la accesoriedad.

4. LA NO EXTINCIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA

Otro motivo para rechazar la imposibilidad de continuar ejecución del caso que se ha descrito lo encontramos en el hecho de que en esa situación no se ha extinguido la deuda. Solo si la deuda se extingue, por pago o por otra causa — como la «dación en pago» que como subrogado del cumplimiento tiene fines solutorios, y por tanto extintivos de la deuda— se debe poner fin a la ejecución.

Sin embargo, analicemos lo que ocurre en el caso que estamos examinando:

- a) En primer lugar no hay un verdadero pago. La obligación garantizada debía extinguirse por pago, y al incumplirse y no pagarse, el acreedor inicia las acciones para obtener dicho pago o cumplimiento. El pago tiene una triple función solutoria, satisfactoria y extintiva, y cumple estas tres funciones cuando es íntegro, idéntico e indivisible. Es obvio que, en el caso que se expone, el subrogado del cumplimiento —la adjudicación de la finca— no cumple con el requisito de identidad e integridad, pues se valora en una cantidad menor de la cuantía de la obligación, y el acreedor no ha quedado satisfecho, pues quiere continuar la ejecución. Por tanto, no cumple con la función propia del cumplimiento, no hay extinción y por eso, el acreedor puede seguir intentando su cumplimiento forzoso en vía ejecutiva contra el patrimonio del deudor (art. 1911 CC).
- b) Pero tampoco hay verdadera dación en pago, ya que esta, que es perfectamente admisible en Derecho español, produce un efecto similar al que se plantea en el Auto que comentamos, ya que supone que el deudor de acuerdo con el acreedor satisface la obligación mediante la realización de una prestación distinta a la debida, que extingue la misma. Es decir, podríamos pensar que la entrega o adjudicación del

¹¹ CORDERO LOBATO, E., «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.

inmueble al acreedor en vez del pago de la deuda, es una dación en pago, y que, por tanto, extingue la obligación garantizada con hipoteca.

Sin embargo, no podemos suscribir esta idea, pues la dación en pago implica un negocio jurídico con fines solutorios entre el deudor y el acreedor en el momento del cumplimiento, y eso no ha ocurrido aquí, donde el acreedor hipotecario no admite dicha solución, no se considera pagado con la adjudicación del inmueble, y quiere seguir la ejecución por lo que le falta por cobrar.

La dación en pago no está regulada por el Código Civil, es un negocio atípico, pero su existencia se deduce del artículo 1849 del Código Civil, en sede de fianza, que permite al acreedor quedarse con el inmueble u otros efectos, en pago de la deuda. Los requisitos para concluir que estamos ante una dación en pago son los siguientes:

- a) Realizar una nueva prestación a título de pago, que puede ser la transmisión de una cosa o de un derecho.
- b) Diversidad entre la prestación que se debía y la que la sustituye.
- c) Un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor, de tener por extinguida la obligación merced a la realización de la prestación distinta de la inicialmente debida.

En el supuesto que se estudia, se cumplirían los dos primeros requisitos, pero no el tercero de ellos, pues el acreedor no consiente en que la atribución del inmueble extinga la obligación asegurada, sino que va a pretender continuar la ejecución, y la pretendida extinción viene impuesta, por ejemplo, en el Auto judicial de la Audiencia de Navarra. La dación es un negocio jurídico, atípico y con efectos solutorios¹², por tanto, si no hay consentimiento, voluntad del acreedor, no estamos ante una verdadera dación en pago.

Además, en la dación, el acuerdo entre deudor y acreedor se realiza en el momento del cumplimiento, cuando el deudor va a pagar, precisamente para sustituirlo, mientras que en este caso, la «dación», se produce como consecuencia del incumplimiento del deudor.

Si no podemos hablar de que exista una verdadera dación en pago, no se producen entonces sus efectos, no hay extinción de la deuda. Si la obligación sigue existente, y no se ha cobrado en su totalidad, nada impide al acreedor que trate de terminar de hacer efectivo su crédito por su cuantía total. Y ante el incumplimiento del deudor, esto ya solo lo puede hacer continuando ejecución contra el resto de su patrimonio.

¹² La finalidad solutoria de la dación en pago ha sido puesta de relieve en las SSTTS de 22 de marzo de 1994 y RDGRN de 13 de marzo de 2000. Es más, en ellas se insiste en que la dación en pago concertada, una vez vencida la obligación garantizada, es perfectamente posible porque tiene función solutoria y no de garantía.

Por otra parte, eso no quiere decir que la dación en pago no sea posible para extinguir un crédito hipotecario. En España, como comenta MÉNDEZ GONZÁLEZ, la dación en pago entre el deudor y su acreedor hipotecario se ha pactado en varias ocasiones, cuando ante un posible incumplimiento e impago de la deuda, el acreedor acepta el inmueble garantizado como pago, para evitar la necesidad de hacer provisiones que afectarían negativamente a sus cuentas de resultados. Al publicarse una nueva Circular del Banco de España, obligando también a los bancos a provisionar por cada año que la finca aceptada en pago permanezca en su cartera, se ha abandonado esta práctica, y han aumentado las ejecuciones hipotecarias¹³. Es decir, la dación en pago, perfectamente admisible, no ha sido un instrumento muy utilizado en la práctica porque al acreedor no le interesa.

En resumen, no hay pago o cumplimiento pues el acreedor no ha quedado satisfecho y no se ha extinguido la deuda, no existe dación en pago propiamente dicha, pues falta el acuerdo de voluntades que la origina y su finalidad solutoria. En definitiva, la deuda sigue vigente, no se ha pagado, y el acreedor debe seguir intentado su cobro.

La no extinción de la deuda impulsa la continuación de la ejecución para cobrarla e impide que la adjudicación de la finca al acreedor por menos valor de la deuda, tenga finalidad solutoria.

5. INCONVENIENTES LEGALES

De todo lo que hemos visto, parece deducirse que el acreedor sí podría seguir ejecución contra el patrimonio del deudor, pues la deuda sigue vigente, no se ha extinguido, y permanece la responsabilidad personal universal de todo deudor.

Pero, además, es la propia Ley la que contempla esta solución, y no una mera y lógica interpretación de la función de garantía y del principio de accesoriedad, y de la responsabilidad universal del deudor tal y como hemos planteado.

Varios son los preceptos legales que indican que la solución propuesta por la jurisprudencia menor, de la mal llamada dación en pago no es conforme a derecho, pues fundamentan jurídicamente la pretensión del acreedor de continuar la ejecución, debido a que la obligación garantizada con hipoteca no se ha extinguido por la mera adjudicación del inmueble, cuando su valor no alcance a cubrir la totalidad de la deuda:

¹³ En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.eleconomista.es>, 16-2-2011.

1. El primero de los preceptos legales es el artículo 105 LH, que ya hemos analizado, y que dice claramente que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del artículo 1911 del Código Civil. Como ya hemos dicho, esto significa que el acreedor, aunque tenga su crédito garantizado con hipoteca (responsabilidad real), sigue teniendo a su favor la responsabilidad personal del deudor, y por tanto, puede dirigirse contra su patrimonio para intentar perseguir el pago. No nos detenemos más en su análisis y nos remitimos a lo explicado *supra*.

2. Pero, por si el artículo 105 LH no fuera suficientemente claro, y alguien quisiera interpretarlo en un sentido distinto, la LEC, al regular el procedimiento ejecutivo, en el artículo 579 LEC sobre la ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados, declara que: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

Es decir, la propia Ley afirma sin ambages de ningún tipo que, si el valor del inmueble subastado no llegara a cubrir el importe de la deuda, el acreedor podrá seguir la ejecución por la cantidad pendiente de pago, y solicitar embargo sobre la misma. O sea, el acreedor sigue teniendo la acción personal contra el resto de los bienes del deudor, porque este sigue respondiendo, además, personalmente, ya que la deuda no se extinguió.

Se puede decir más alto pero no más claro. Las decisiones judiciales recientes olvidan e ignoran un precepto legal clarísimo, sobre el que no cabe interpretación, y por eso entendemos que las resoluciones examinadas suponen una clara infracción de Derecho. No es un tema de interpretación de la norma, sino de aplicación exacta de sus dictados; cosa que no hizo el Juzgador en el Auto de origen de la polémica, basando su decisión en argumentos de tipo moral y no jurídicos, pues la Ley como acabamos de exponer dice claramente lo contrario.

3. Por otra parte, y como argumento legal a nuestro favor, queremos mencionar el artículo 692 LEC, relativo al pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante, obtenido tras el remate en la subasta hipotecaria¹⁴.

¹⁴ Artículo 692 LEC: «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

Este artículo afirma que, si el precio de remate fuera superior a la deuda garantizada, después de pagar al ejecutante su deuda y a los acreedores posteriores, si sigue sobrando dinero, ese sobrante se lo quedará el propietario de la finca si fuera distinto del deudor, o se aplicará a pagar la deuda pendiente con el ejecutante, por los excesos de la cobertura hipotecaria, si fuera el propietario de la finca. De estos dos últimos casos extraemos las siguientes ideas:

- a) Si el deudor es además el propietario de la finca y hay sobrante, este hay que aplicarlo al pago de la deuda pendiente con el ejecutante. La deuda sigue existiendo, luego, queda claro que la ejecución hipotecaria, no pone fin a la deuda, sino solo a la hipoteca, por lo que podemos seguir afirmando, que tampoco la adjudicación consecuente de la subasta pondría fin a la deuda. Y en consecuencia, el acreedor debería seguir intentado cobrar, y por eso cobra lo que le falta de lo no cubierto por la cobertura hipotecaria.
- b) Si el deudor es distinto del propietario de la finca ejecutada, el sobrante se lo quedará este propietario. Es lógico, porque el exceso de valor que adquirió la finca, debe corresponder a quien ha perdido su propiedad en subasta, en una venta judicial. No se nos ocurre pensar que el sobrante debería quedárselo el acreedor hipotecario, si ya ha cobrado su deuda, porque en ningún caso tiene derecho sobre el valor del inmueble mas que por el importe de su crédito. Es decir, si no podría quedarse el sobrante, en su caso, tampoco podemos considerar que deba dar por satisfecho su crédito por el menor valor de la finca, cuando no alcanza a cubrir el importe del crédito.

Es cierto que este argumento es más retórico y de interpretación que estrictamente jurídico, pero sirve para poner de manifiesto la injusta situación que supondría para el acreedor que le obligáramos a dar por pagado su crédito por un importe menor del debido, y que no tuviera derecho a obtener más, cuando el valor de ese mismo inmueble hipotecado fuera mayor.

Si el valor de la finca debe servir para el pago del crédito, que lo sea, sea cual fuere su importe; por supuesto, si es menor, pero también si fuera mayor el precio pagado por el mismo. Y esto es así porque el valor de la finca hipotecada no equivale en ningún caso a la propia deuda; ni cuando es mayor, ni cuando es menor a aquella.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra».

4. El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sobre medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, trató de paliar los efectos negativos que la situación descrita produce en el deudor, mediante la modificación de varios artículos de la LEC. En los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley, se establecen dos nuevas medidas: a) Se incrementa la cantidad inembargable prevista en el artículo 607.1 LEC, en un 50 por 100, y en otro 30 por 100 por cada miembro de la unidad familiar sin ingresos; b) se modifica el artículo 670 LEC en el sentido de que el acreedor hipotecario podrá pedir la adjudicación del bien hipotecado por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación, en vez del 50 por 100 existente hasta ahora¹⁵. De este modo, y como dice la Exposición de Motivos, se pretende que las familias que ya han perdido sus viviendas, no sean privadas «de un mínimo vital que les garantice sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica». Por ello se eleva la cantidad que el acreedor no puede embargar, y por tanto, se deja fuera de su alcance ejecutivo, aumentando su solvencia, y por otro se asegura que el deudor recibirá una contraprestación más adecuada por el inmueble, que le facilite reducir la deuda remanente.

Estas reformas legales corroboran lo que aquí se defiende: la ejecución puede continuar, la adjudicación de la finca no extingue la deuda, pues se parte de este hecho, pero se palian o se minoran los daños económicos que esto puede producir al deudor, que sigue siéndolo.

En cuanto al Real Decreto 6/2012 de febrero, si bien es cierto que en casos excepcionales después de reestructurar la deuda con el deudor, y aceptar la quita por parte del acreedor, la ley permite la dación en pago: el acreedor se queda con el inmueble y se da por pagado y se extingue la deuda. Pero en el caso que contempla la ley se trata de un supuesto normal de dación en pago, que se pacta previamente entre el deudor y acreedor y siempre antes de la ejecución de la deuda, porque de hecho si se hubiera iniciado ejecución, esa dación en pago no es posible, por lo tanto, iniciada ejecución, y consecuente adjudicación del acreedor del inmueble, dicha adjudicación no puede nunca extinguir la deuda, y el acreedor podría seguir ejecución. Es decir, las nuevas medidas previstas en el Código de Buenas Conductas del Real Decreto 6/2012, confirman la tesis que aquí se defiende, y no puede confundirse los casos.

Como ya hemos dicho, la Ley no puede ser más clara. El acreedor puede seguir adelante con la ejecución, pues la deuda no se ha satisfecho, ni se ha extinguido; no solo nada impide dirigirse personalmente al deudor por el resto,

¹⁵ Esto cuando se trate de la vivienda habitual del deudor, que es el supuesto que se analiza. Si no fuera la vivienda habitual la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, señala que el acreedor se la podría adjudicar por el 50 por 100 del valor de tasación o por toda la cantidad que se le deba (nueva Disposición Adicional 6.ª LEC introducida por esta Ley).

si no que es la Ley quien lo ordena. Fallar en contra de estos preceptos legales generaría inseguridad jurídica y detrimento del tráfico jurídico inmobiliario.

6. INCONVENIENTES JURISPRUDENCIALES

Aunque ha sido la jurisprudencia quien ha levantado, por así decirlo, la veda contra la posibilidad de continuar ejecución en vía personal¹⁶, existen también resoluciones judiciales contrarias a esta línea jurisprudencial. De este modo, en un supuesto de hecho muy parecido al que acabamos de analizar en el famoso Auto de la AP de Navarra, otro Auto, de la misma Audiencia Provincial de Navarra, de 28 de enero de 2011, ha resuelto justo en sentido contrario, defendiendo la tesis que se sostiene desde estas líneas.

De esta forma, en su fundamento cuarto, después de analizar lo que disponen los artículos 1911 del Código Civil y 579 LEC —que ya hemos explicado—, afirma que: «Es de tal evidencia el contenido normativo de los preceptos mencionados que no alcanzan a comprenderse las razones por las cuales la juez *a quo* eludió la aplicación al caso de la preceptiva mencionada, pues con independencia de las opiniones personales que los preceptos mencionados puedan merecer, cuestión ajena al contenido de esta resolución, lo cierto es que el supuesto planteado en este caso tenía perfecto encaje en el supuesto de hecho contenido en la norma procesal con el principio aludido que establece el Código Civil; sin que corresponda al juez asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto. Máxime cuando actuaciones como la llevada a cabo por la juez *a quo* en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria, con importantes repercusiones de orden práctico que, como decimos, son ajenas a las previsiones legales».

Es decir, la Audiencia Provincial, esta vez con buen criterio, afirma que con «la ley en la mano», es imposible defender una postura distinta de permitir

¹⁶ Después del Auto de la AP Navarra, le han seguido muchas otras resoluciones con argumentaciones parecidas aunque jurídicamente más elaboradas que han defendido que no puede continuarse la ejecución, debiendo darse por pagado el acreedor cuando se adjudica la finca ejecutada. Entre ellas, podemos señalar: Auto AP de Ciudad Real, de 16 de octubre de 2003. Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010. Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Auto del Juzgado, número 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010. Auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 24 de enero de 2011. Auto 119/2011 de AP de Girona, Sección segunda, de 16 de septiembre de 2011. Auto del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar, de 10 de octubre de 2011. Auto del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012. Auto de la AP de Córdoba, de 1 de febrero de 2012. Auto del Juzgado número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.

continuar la ejecución contra los bienes del deudor, basándose en la responsabilidad patrimonial universal y el principio del artículo 579 LEC, pues de otra forma, se pondría en peligro la seguridad jurídica.

Además, este Auto cita otros Autos de la misma Audiencia que confirman esta tesis, como son Autos de 21 de diciembre de 2010, números 68 y 69/10. En todos ellos lo que subyace es la idea de que «la finalidad de la ejecución es la satisfacción del crédito del ejecutante y tal posibilidad, reiteramos, está amparada en el tenor del artículo 579 LEC».

Por otra parte, este auto recoge la doctrina jurisprudencial ya existente, por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para éste¹⁷; y en la STS de 25 de septiembre de 2008 que resuelve en el mismo sentido¹⁸.

Es decir, en aras de la seguridad jurídica, estas sentencias y autos resuelven en el sentido de que debe permitirse al acreedor continuar ejecución contra el resto del patrimonio del deudor, cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda, pues no hay satisfacción del acreedor, que es lo que persigue la ejecución, y además es lo que establece la Ley. No cabe alegar en estos casos ni enriquecimiento injusto ni abuso de derecho, para denegar tal posibilidad.

Otras resoluciones que consideran que sí es posible continuar la ejecución en estos casos son: SAP de Huelva de 2005, Auto AP de Madrid, Sección 19, de 14 de marzo de 2007, SAP de Córdoba de 2010, de 13 de diciembre, y muy recientemente acaba de resolver la propia Audiencia Provincial de Navarra en el recurso planteado por el BBVA derivado del famoso Auto que inició la polémica, afirmando rotundamente que el acreedor puede seguir la ejecución para intentar cobrar la deuda pendiente de pago, en AP de Navarra, Sección 2.ª, A de 4 de mayo de 2012.

¹⁷ Esta sentencia afirma que «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las results de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)». Y continúa afirmando que «no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, cuando se han seguido los trámites previstos en la Ley».

¹⁸ STS de 25 de septiembre de 2008: «El prestamista que tiene como garantía de restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que se ejecutó...».

7. DIFICULTADES PARA APLICAR LAS MEDIDAS CORRECTORAS PREVISTAS POR NUESTRO ORDENAMIENTO

En sintonía con la doctrina de las sentencias que se acaban de señalar, conviene poner de relieve que la alegación de las teorías sobre el abuso de derecho, la doctrina de los actos propios, o del enriquecimiento injusto que forman el conjunto de medidas correctoras de nuestro ordenamiento positivo cuando las consecuencias de este pueden ser perjudiciales, no tienen, a nuestro entender, cabida o sentido en este asunto, o son de muy difícil aplicación.

Muchas han sido las resoluciones que han justificado sus decisiones en contra de la posibilidad de continuar la ejecución en un abuso de derecho por parte del acreedor, o un enriquecimiento injusto para él, o que actuaba en contra de los actos propios al tasar en mas valor un inmueble que luego él mismo se adjudica y valora en menos dinero del que inicialmente tasó¹⁹.

Es verdad que todas estas medidas forman parte del sistema corrector normal de nuestro marco normativo, pues palían, aminoran o matizan la aplicación estricta de los preceptos legales que, en ocasiones, puede ocasionar graves perjuicios que deben aliviarse.

Sin embargo, estos mecanismos correctores alegados por la mayoría de las resoluciones judiciales no siempre son válidos y justos, y creemos que no deben aplicarse en el problema descrito, ya que este no debe solucionarse caso por caso, en el caso concreto, sino que debe argüirse una solución general que dé respuesta a un problema general sin que valga en el caso concreto aludir a razones, a veces más sentimentales que jurídicas, alegando abuso de derecho, o enriquecimiento sin causa. La solución debe venir por parte del legislador, a gran escala, modificando si fuera preciso el marco normativo para que no tuvieran que entrar en juego los mecanismos correctores, pero no podemos solucionar un problema que se empieza a generalizar, basándonos únicamente en el caso y perjuicio concreto.

En cualquier caso, y aunque así lo hiciéramos y tratáramos de justificar la denegación de la continuación de la ejecución en estos particulares mecanismos correctores, tampoco nos parece adecuada su alegación, y consideramos que pueden refutarse.

1. *Abuso del derecho*

Varias de las resoluciones que han seguido al Auto de la AP de Navarra 111/2010 se han basado en el abuso de derecho para impedir que el acreedor

¹⁹ Véase sobre este asunto y el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la aplicación de la mal llamada dación en pago: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la “dación en pago” en los últimos años», en *RCDI*, núm. 733, págs. 2858-2873.

continúe la ejecución²⁰, por considerar que esta actuación supone vulnerar ese límite de los derechos subjetivos.

No puede alegarse abuso del derecho mientras el ordenamiento jurídico dé la respuesta legal que es precisamente la que se trata de evitar alegando abuso.

En este sentido la STS de 8 de mayo de 1996 expresamente afirma que «no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos... y por tanto no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negociar».

Igualmente, la STS de 25 de septiembre de 2008, afirma que «tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso del derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 LH y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor»; y concluye por tanto diciendo que como no se concertó dicho pacto excepcional, debe aplicarse la regla general, no se altera la responsabilidad universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil, y por tanto, puede seguirse la ejecución.

2. Enriquecimiento injusto

No consideramos que hay verdadero enriquecimiento injusto para el acreedor por intentar cobrar todo lo que se le debe, a pesar de lo que han afirmado varias resoluciones de la jurisprudencia menor en los últimos meses²¹. Y nos

²⁰ Consideran que continuar la ejecución por parte del acreedor supone un abuso de derecho: Auto de Navarra 111/2010, Auto 119/2011 de la AP de Girona, de 16 de septiembre; Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado número 3 de Torrejón de Ardoz; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

²¹ En este sentido, véanse las resoluciones: Auto AP de Navarra 111/2010; Auto AP de Girona 119/2011, de 16 de septiembre de 2011; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

basamos en lo que ya reconoce la doctrina jurisprudencial existente; por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 2006, en la que ante los mismos o parecidos hechos, sostenía que no puede considerarse que por adjudicarse al acreedor la finca hipotecada, se haya satisfecho el crédito del acreedor, alegando que lo contrario sería un enriquecimiento injusto o sin causa para este, pues «no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación, sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado (SSTS de 18 de enero de 2000, 5 de mayo de 1997, 4 de noviembre de 1994, 19 de febrero de 1999, entre otras muchas)». Y continúa afirmando que no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, cuando se han seguido los trámites previstos en la Ley. En el mismo sentido, las SSTS de 18 de noviembre de 2005 y 8 de julio de 2003, respecto al enriquecimiento injusto, consideran que «no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 2 de junio de 2002) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz».

Por último, la STS de 25 de septiembre de 2008, resolvió de la misma forma, afirmando que es perfectamente posible que el acreedor hipotecario continúe ejecución contra el deudor cuando, a pesar de haberse adjudicado la finca, su valor no alcance para cubrir la deuda existente, ya que «el prestamista que tiene como garantía de restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario después de haber ejecutado aquella por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que se ejecutó...».

Es decir, en aras a la seguridad jurídica, estas sentencias y autos resuelven todas en el sentido de que debe permitirse al acreedor continuar ejecución contra el resto del patrimonio del deudor, cuando no se ha cobrado la totalidad de la deuda, pues no hay satisfacción del acreedor, que es lo que persigue la ejecución y, además es lo que establece la Ley. No cabe alegar en estos casos ni enriquecimiento injusto ni abuso de derecho para denegar tal posibilidad de continuar la ejecución, siempre que se haga en virtud de la aplicación de la ley o de pactos establecidos.

3. *Desequilibrio contractual y cláusula rebus sic stantibus*

Se defiende también por parte de algún Auto que en el caso descrito existe ruptura del equilibrio contractual y la necesidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* al haber cambiado las condiciones de contratación por la crisis y la bajada de precios de los inmuebles²². Es cierto que las posiciones del deudor y del acreedor son algo desiguales, pero, si eso es cierto, lo son desde el inicio del contrato, que puede asemejarse a un contrato de adhesión en cuanto es pre-dispuesto por una de las partes contratantes: la entidad financiera, al menos con respecto de alguna de las cláusulas. Luego, no puede alegarse un desequilibrio sobrevenido en el contrato como causa que impida continuar con su ejecución. El desequilibrio contractual, de existir, sería desde el inicio, las diferencias claras entre las partes no se deben a circunstancias repentinas, sobrevenidas y que conduzcan en todo caso al derrumbe del contrato, con la necesidad de aplicar dicha cláusula *rebus sic stantibus*. El contrato, desigual o no, es perfectamente asumido por las partes, y en ningún caso consideramos que un incumplimiento, pueda ser considerado como una causa repentina que produzca el desequilibrio y la frustración del contrato. Sí lo frustra porque no se cumple, pero el propio incumplimiento no puede alegarse como causa de desequilibrio contractual. Por lo tanto, creemos que no se cumplen los requisitos establecidos de forma restrictiva por el TS para la aplicación de estas cláusulas, que como rompe el contrato, debe aplicarse siempre de forma extraordinaria y residual.

4. *Doctrina actos propios*

Se afirma por parte de los defensores de la mal llamada dación en pago que, si el acreedor tasó y dio por buena una tasación del inmueble cuando concedió la hipoteca, ahora debe asumir dicha valoración y considerar que el bien tiene ese valor y asumir sus propios actos, en el sentido, de que lo que aceptó una vez, ahora no puede rechazarlo²³.

Sin embargo, creemos que los informes de tasación realizados se ajustaban a la realidad existente del momento, pero que esta ha cambiado radicalmente por la crisis. Y, precisamente, las excepcionales circunstancias de crisis económica han hecho que el valor de los inmuebles haya bajado de repente, de manera drástica, pero no por ello, puede considerarse que dichos informes no fueran

²² Véase: Auto AP de Girona 119/2011, de 16 de septiembre; Auto de 10 octubre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

²³ Confirman esta idea las siguientes resoluciones: Auto 119/2011 de la AP de Girona, de 16 de septiembre; Auto de 1 de febrero de 2012 de la AP de Córdoba; Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado número 8 de Valladolid.

ciertos y no correspondieran a la realidad del momento en que se hicieron, ya que en ese momento los inmuebles tenían elevados precios acordes con los precios de mercado existentes, que los acreedores daban por buenos, y valoraban la finca en sus activos con tal valor, sin embargo, el descenso de los mismos, hace que lo que en un momento se asumió, hoy ya no sea así. No compartimos, por tanto, esta argumentación.

Visto lo anterior, entendemos que es difícil la aplicación con carácter general de los mecanismos correctores previstos en nuestro ordenamiento, para tratar de dar solución a un supuesto general, basándonos en el caso concreto. No es válida esa opción, ya que no sirve para tratar de justificar que la adjudicación en pago extingue la deuda en todo caso. No dudamos que su finalidad en el caso concreto sea válida y en determinados supuestos aplicable (y ni siquiera en todos), pero no podemos extraer una solución general a este problema, basándonos en mecanismos correctores del caso concreto.

Si el legislador modifica las normas y los principios, creemos que estos mecanismos correctores habrán cumplido su fin: provocar un cambio legislativo más justo y equitativo, y probablemente necesario, pero no podemos ir poniendo parches a través de soluciones concretas, *ad hoc*, sino que debemos hacer una reflexión más general que conlleve el necesario cambio legislativo, y después, los jueces, ahora sí, podrán aplicar el derecho de forma coherente, lógica y sistemática.

8. INCONVENIENTES DE LA PRÁCTICA BANCARIA

Hemos visto distintos inconvenientes de carácter legal, doctrinal²⁴ y jurisprudencial que vertebran nuestro sistema civil e hipotecario por los que se puede rechazar que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario en el procedimiento ejecutivo, impida al acreedor continuar con la ejecución cuando el valor de la finca en ese momento, no alcance a cubrir la deuda total, pues siempre queda la responsabilidad personal del deudor.

Es cierto que un cambio de legislación, en el sentido de que se pudiera saldar la deuda hipotecaria con la sola adjudicación del inmueble al acreedor, daría solución a este problema, que por otra parte, parece común entre gran parte de la población en estos momentos de crisis económica²⁵. Esta medida aliviaría al

²⁴ Véase, defendiendo la misma tesis que aquí se sostiene, MARTÍN PASTOR, J., «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010, de 17 de diciembre), en *Diario La Ley*, núm. 7590, de 16 de marzo de 2011.

²⁵ Sobre los «defectos» de la ejecución hipotecaria previstos en la LEC, y a favor de un cambio legislativo del mismo, véase PÉREZ GARCÍA, M. J., «La realización del valor de los

deudor de la pérdida de la vivienda a manos del acreedor hipotecario, viendo a cambio saldada la deuda en su totalidad. Pero, para ello habría que cambiar los preceptos legales, ya mencionados, que ofrecen una alternativa diferente como ya hemos expuesto, y sobre todo implicaría una disminución de la función de garantía de la hipoteca.

Si la reforma se lleva a cabo, se aplicará, y será una posibilidad entonces posible y legal, pero, desde estas líneas sostenemos que no la consideramos ni necesaria —pues no puede olvidarse que ya existe el pacto de limitación de la responsabilidad hipotecaria—, ni conveniente, pues razones de práctica económica y bancaria, desaconsejan tal posibilidad, como exponemos a continuación, aunque exceda de los inconvenientes estrictamente civiles, y nos limitamos a enumerarlos, porque seguro serán objeto de pormenorizado análisis a lo largo del curso.

Al darse por pagado el acreedor con el bien, asume el riesgo evidente, hoy en día debido a la crisis, de que ese bien pueda valer menos que la deuda. Ese mayor riesgo debe compensarse de alguna forma:

- El acreedor daría préstamos más caros, con un tipo de interés mas alto. Por lo menos, pendiente la obligación, asegura un mayor rendimiento, que pueda paliar la pérdida de valor del bien.
- Los préstamos estarían garantizados con menor cobertura hipotecaria. Si ahora, se conceden créditos por el importe del 80 por 100 del valor de tasación del bien asegurado, entonces los bancos se verían «obligados» a ofrecer créditos solo hasta el 50 por 100 del valor del bien. Por lo tanto, los particulares dispondrían de menos financiación, y en consecuencia tendrían mas dificultades para acceder a una vivienda.
- Se llegaría a un recorte de los plazos de amortización, lo que supone una mayor presión para el deudor que no puede aplazar el pago de su deuda.
- El acreedor pediría más garantías personales o reales complementarias.

Por otra parte, el deudor, que sabe que «abandonando su vivienda» en manos del acreedor, extingue su deuda, dejaría inmediatamente de pagarla en cuanto viera que aquella ya vale menos que la deuda. Se incurriría en insolvencia estratégica, con efectos altamente negativos para el sistema.

Todo esto conduciría a la solicitud y, por tanto, concesión de menos créditos, menos hipotecas, menores ventas inmobiliarias, y en consecuencia detrimento del crédito territorial que puede desembocar en una mayor crisis inmobiliaria, que afecte a la economía global. Amén de que aumentaría el riesgo para los depósitos bancarios, y por tanto para los ahorros de los particulares.

bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, de 16 de marzo de 2011.

Es decir, la solución que propugna este auto, aunque en principio pudiera parecer de equidad y protección al deudor en momentos de crisis, traería como consecuencia, justo lo contrario: detrimento de la actividad bancaria y disminución del crédito territorial con la dificultad para la concesión de créditos al particular, al disminuir la garantía de cobro del acreedor.

III. CONCLUSIONES

Defendemos la doble ejecución real y personal contra el deudor hipotecante, sin que sea posible que la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario extinga la deuda en su totalidad.

Independientemente de las consecuencias económicas negativas que se acaban de describir, desde el punto de vista civil, hoy por hoy, no podemos admitir la posibilidad de aplicar con carácter general la «mal llamada dación en pago» en los préstamos hipotecarios. Y ello por las siguientes razones:

1. La hipoteca es un derecho real de garantía. Esto supone un plus de garantía para el acreedor que ve ampliada y reforzada la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil.
2. Por eso mismo, cuando una obligación está garantizada con hipoteca, el acreedor puede elegir, ante el incumplimiento de la obligación, en dirigirse contra el patrimonio del deudor —acción personal—, o contra el bien hipotecado —acción real—, siendo ambas compatibles y no alternativas, por lo que si no alcanzara a cobrar su deuda por la vía real, nada impediría continuar la ejecución por vía personal.
3. Esto lo afirma claramente el artículo 579 LEC y se deduce del artículo 105 LH, cuando manifiesta que la hipoteca no altera la responsabilidad personal.
4. Por lo tanto, no puede admitirse que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida al acreedor ejecutante seguir adelante con la ejecución, cuando el valor de la misma no alcanza a cubrir el importe de la deuda.
5. Además, esa adjudicación no encuentra su base o justificación legal en una dación en pago, pues no encaja en su naturaleza jurídica, al no ser ni voluntaria, ni extintiva.
6. Es decir, su admisión significaría olvidar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, la función de garantía de la hipoteca, su accesoriedad y una pluralidad de preceptos legales concretos y claros; y eso no puede ser.
7. Tampoco sería aconsejable admitir la dación en pago porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus

garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor; y en consecuencia, buscaría soluciones para compensar ese riesgo, que acabarían perjudicando mas al deudor. Todo ello podría conducir a un detrimento de la actividad bancaria, una disminución del crédito territorial, y a un empeoramiento de la situación financiera, con un agravamiento de la situación del deudor, que es precisamente lo que se pretende evitar con la solución propuesta por estas decisiones judiciales.

Solo un cambio legislativo a nivel general de la LH, CC y LEC podría sentar las nuevas bases para su admisión generalizada, pero para ello habría que «tocar» los pilares de nuestro sistema civil e hipotecario. Y esto no es un trabajo de un día, los inconvenientes, como hemos tratado de reflejar, son muchos, pero si el legislador así lo decide podrían superarse.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de derechos reales*, tomo II, *Los derechos reales limitados*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 1857 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2078.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, tomo IV, 1948, págs. 287-327.
- GÓMEZ GÁLIGO, J.: *Derechos reales. Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «La hipoteca de seguridad», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, (Madrid, 1948), págs. 83-115.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La cancelación negocial del crédito hipotecario», CER, Madrid, 2000.
- «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, págs. 1340-1345.
- «Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la “dación en pago” en los últimos años», en *RCDI*, núm. 733, págs. 2858-2873.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- LACAL, P.: «El mito de la accesoriedad de la hipoteca», en *RDP*, 1949, págs. 925-936.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E.: *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- MARTÍN PASTOR, J.: «Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto

- de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010 de 17 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, P.: «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en *El Economista.es*, disponible en <http://www.eleconomista.es>, 16-2-2011.
- MOXÓ RUANO, A.: «Concepto unitario de hipoteca», en *RDP*, abril de 1940, págs. 64-68.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, 16 de marzo de 2011.
- PRETEL SERRANO, J. J.: «Comentarios al artículo 140 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, Edersa, Madrid, 2000, en <http://vlex.com>.
- REY PORTOLÉS, J. M.: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

Se analiza en este trabajo la posibilidad o no de admitir la mal llamada dación en pago, como consecuencia de la ejecución hipotecaria en la que el acreedor ejecutante se adjudica la finca subastada, a falta de otros postores, por menos valor de la deuda garantizada, dando esta por extinguida.

A lo largo de estas líneas se examinan los inconvenientes que encontramos desde el punto de vista del Derecho Civil para la viabilidad de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico. Creemos que la misma no es admisible, pues con su admisión generalizada se vulnera la función de garantía de la hipoteca, se alteran el principio de accesoriedad de la hipoteca y el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y la excepción de la limitación de la responsabilidad hipotecaria; por otra parte, la propia Ley rechaza tal posibilidad y los argumentos de la práctica bancaria lo desaconsejan.

En definitiva, se rechaza la posibilidad de admisión de la dación en pago con carácter general en nuestro ordenamiento.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

This paper looks at whether what is incorrectly known as «surrender in lieu of payment» ought to be accepted. «Surrender in lieu of payment» refers to the situation where, for lack of other bidders, a foreclosing lender is awarded the mortgaged property at judicial sale for less than the secured debt and the debt is declared settled.

From the standpoint of civil law, there are drawbacks to surrender in lieu of payment as a viable solution in Spanish legislation. We examine these drawbacks, and we find the solution inadmissible. Were surrender in lieu of payment to become widely accepted, the function of the mortgage as security would be infringed, the rule of the accessory relationship of mortgages would be upset, the rule of unlimited personal liability of debtors would be overturned, and the exception from the limitation of mortgage liability would be altered. Furthermore, law itself rejects the possibility, and the arguments born of banking practice advise against it.

The possibility of accepting surrender in lieu of payment generally in Spanish legislation is, in short, rejected.