

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-13-025-6

EJECUCIONES HIPOTECARIAS DE LA VIVIENDA HABITUAL: ALTERNATIVAS Y CONSECUENCIAS FISCALES *EN DELIRI*

Autora: *Consuelo Fuster Asensio*
Universidad de Valencia

DOC. n.º 7/2013



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MEDIDAS ADOPTADAS PARA PROTEGER A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS
3. ESPECIAL REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO
4. POSIBLES ALTERNATIVAS
5. MEDIDAS FISCALES
 - 5.A. Concurrencia de procedimientos
 - 5.B. Tributos implicados
6. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

España es, desde nuestro ingreso en la zona euro, uno de los países con una de las mayores tasas de endeudamiento privado; consecuencia, principalmente, de la enorme expansión del mercado inmobiliario. Dicha expansión tuvo su origen en la existencia de tipos de interés muy bajos, que provocó una ingente demanda de crédito (los niveles de Euribor estaban por debajo de la tasa de inflación). Los consumidores mediante el recurso al crédito adquirieron viviendas, aunque no sólo viviendas, a un precio por encima de lo que hubiera correspondido conforme a nuestra economía, consecuencia del precio tan bajo del dinero (lo que se ha dado en denominar ‘burbuja inmobiliaria’). Las entidades financieras se vieron forzadas a recurrir a los mercados mayoristas de crédito para obtener recursos monetarios con los que cubrir la demanda interna de crédito hipotecario. Y lo que sucedió después ya es historia; la explosión de una crisis financiera de enormes proporciones. La situación actual, obvia decirlo, es la inversa; la tendencia al ahorro y la contención.

Al inicio de la crisis económica (2007/2008) se produjo un incremento significativo de las refinanciaciones. Se articularon a través de novaciones modificativas de los préstamos hipotecarios vigentes. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, modificó la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y permitió la hipoteca recargable, la alteración del plazo, la modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; la modificación del método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y la prestación o modificación de las garantías personales, sin que ello supusiera una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

En este período eran frecuentes las daciones en pago, en un mercado todavía no saturado por un amplio stock de inmuebles, y en el que era preferible eso a tener que provisionar la deuda. El número de ejecuciones hipotecarias era reducido y, además, en la subasta el inmueble se adquiría, las más de las veces, por un importe similar o superior a la deuda¹.

A medida que la Banca se iba asemejando más a una empresa inmobiliaria (sus libros de cuentas aparecían desbordados por el número de inmuebles), que el precio de la vivienda caía y ante un mercado sin liquidez en el que poder colocar los inmuebles, se fue abandonando la práctica de la dación en pago y se recurrió, cada vez más, a las Ejecuciones Hipotecarias². La situación fue variando significativamente.

Las ejecuciones hipotecarias que en un primer momento afectaron principalmente a los inmigrantes con bajos ingresos, se extendió a trabajadores que se quedaban sin empleo y con una situación de insolvencia sobrevenida, actualmente se han extendido a familias de posición económica mayor y a hombres de negocios a medida que se van agotando los recursos para hacer frente a las hipotecas (a medida que van agotando el colchón).

Las familias de alto nivel adquisitivo no han permanecido inmunes a esta dinámica y se han visto arrastradas por la coyuntura empresarial y la pérdida de puestos de trabajo. Han aguantado más tiempo debido a su mayor liquidez o a la venta de propiedades, pero el tiempo ha jugado en su contra.

Miles de pequeñas y medianas empresas han desaparecido. Los emprendedores que refinanciaron sus hipotecas para respaldar negocios al comienzo de la crisis han acabado perdiendo sus empresas. Los que decidieron hipotecar y avalar operaciones de refinanciación con su vivienda, han acabado perdiendo sus negocios y perdiendo la vivienda.

¹ Las ejecuciones hipotecarias son los procedimientos judiciales que tramitados por los Juzgados de Primera Instancia dan lugar al embargo de la vivienda si el deudor no paga la deuda garantizada con hipoteca, se procede a su venta mediante subasta pública y se concluye con el desahucio o lanzamiento de la vivienda. Se aplica lo obtenido a la cancelación del crédito.

² En 2009, el Banco de España disminuyó las exigencias de provisión para créditos hipotecarios que se hubiesen destinado a la adquisición de vivienda del 100 por 100 al 30 por 100. Se prohibió que las cantidades provisionadas con anterioridad se llevaran a beneficios. Dicha norma no afectaba al suelo. La Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, obligó a las entidades financieras a elevar del 10 por 100 al 30 por 100 los inmuebles adjudicados en pago de deudas que lleven en balance más de dos años y con el 20 por 100 aquellos que lleven más de un año. Para el Banco de España la antigüedad en balance de los activos recibidos en pago de deudas es un inequívoco indicio de deterioro.

Además, la ejecución hipotecaria alcanza no sólo a los deudores principales, sino también a los avalistas, propietarios del bien inmueble aportado en garantía del crédito. Los avalistas, algunos poco conscientes de las consecuencias de avalar. Actualmente, algunos no sólo han perdido sus casas, sino que tienen sus pensiones embargadas para saldar las deudas.

Si las ejecuciones hipotecarias no son más numerosas es porque las tasas de interés han ido disminuyendo, retrasando esas ejecuciones, lo que permite a las familias hacer frente a los pagos (la mayoría de las hipotecas españolas son variables). Por lo mismo, en cuanto los países de nuestro entorno se recuperen, antes que España, el Euribor subirá y las ejecuciones se precipitarán.

A la ejecución hipotecaria, a la posibilidad de perder la vivienda, se une el hecho de que si con lo obtenido en subasta no es suficiente para cobrar la deuda, se sigue debiendo *in aeternum* la diferencia.

En nuestro país, el tratamiento jurídico del impago de deudas por préstamos y créditos hipotecarios concedidos para adquirir la vivienda habitual de la unidad familiar se inspira en los mismos principios que el conjunto de obligaciones y contratos del Código Civil; el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el principio de libertad de pactos (art. 1255 CC), el deber de cumplimiento de los contratos (art. 1091 CC) y la responsabilidad patrimonial y universal por las deudas (art. 1911 CC). De lo anterior, se desprende que se parte de una igual posición de las partes contratantes, con prevalencia de lo pactado por encima de cualquier circunstancia sobrevenida que pueda afectar al pago del préstamo o crédito hipotecario, sin que el principio de protección del consumidor y el usuario, que es tenido en cuenta en la regulación de otras relaciones jurídicas privadas, haya influido en el tratamiento de las ejecuciones hipotecarias.

La hipoteca genera dos tipos de acciones frente al deudor. Una de tipo real que tiene como límite en la garantía pactada en la hipoteca (art. 114 Ley Hipotecaria); agotándose con la venta de la vivienda hipotecada. Y, otra de naturaleza personal, por cuanto la hipoteca no altera la responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC), de lo que el acreedor hipotecario tiene derecho a ser resarcido de todo su crédito procediendo contra otros bienes del deudor si el precio obtenido por la venta de la finca hipotecada no alcanza a pagar el crédito contraído.

Por tanto, la actual regulación española permite que una entidad financiera persiga a un prestatario reclamándole la diferencia si la vivienda desahuciada se vende por un precio inferior al crédito hipotecario vigente. El deudor responde con sus bienes presentes y futuros, incluyendo pensiones, sin que la garantía hipotecaria altere esta regla (art. 105 LH). La regla general es, pues, la responsabilidad universal.

Aunque se han ido relajando las normas de acceso a las subastas, reduciendo la consignación necesaria, no es suficiente. Si la subasta queda desierta la entidad financiera/acreedora puede pedir la adjudicación del inmueble por el 60 por 100 del valor de tasación de subasta, distinto del valor por el que se tasó para conceder el préstamo (antes un 50 por 100)³, quedando el deudor como tal del resto de la deuda, limitada por la existencia de un mínimo inembargable (arts. 605 a 607 LEC). Teniendo en cuenta que la agencia de calificación Fitch Ratings sostiene que las viviendas recuperadas en España valen de media un 48 por 100 menos que cuando se calculó la hipoteca, la deuda pendiente supondrá una cantidad considerable.

El aumento espectacular de ejecuciones hipotecarias (más de 350.000 desahucios en los último cuatro años, alrededor del 10 por 100 de las hipotecas firmadas en ese período, en 2012 han aumentado un 20,6 por 100 respecto al año pasado) ha conducido a los diversos sectores de la sociedad a demandar soluciones a este fenómeno indeseado y cada vez más frecuente en una población cada vez más empobrecida y sin visos de que su situación mejore a corto plazo.

En un Informe encargado a seis magistrados para “Propuestas para la Agilización y Reforma de los Procesos Civiles, en un Anexo se trata del tema de los desahucios. La comisión de magistrados en su

³ “Art 671 LEC. Subasta sin ningún postor.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciera uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado”.

informe denuncia el privilegio procesal de que gozan los bancos de una tutela judicial reforzada 'que surgió a principios del siglo pasado (1909) en un contexto que nada tiene que ver con la situación de crisis actual, un proceso en el que el deudor prácticamente nada puede alegar u oponer'. Apunta que debería reconducirse la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución ordinaria⁴.

Los procedimientos de ejecución hipotecaria son procedimientos más simplificados que los ordinarios, en los que no se entra a conocer sobre la deuda en sí; únicamente se comprueba si existe hipoteca y si la deuda ha sido impagada, sin importar el motivo del impago. Con ello, lo que se pretende es dar una mayor seguridad jurídica al acreedor para el cobro de su crédito. Sin embargo, la posible existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario (en la fijación del valor de tasación, de los intereses moratorios, etc) no suspenden la ejecución, sino que ésta continúa, debiendo acudir a otro procedimiento para conseguir la nulidad de la cláusula y, consiguientemente, la nulidad del procedimiento de ejecución.

También, en foros europeos se está denunciando la situación dramática de los desahucios en España. La abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Juliane Kokoot, el pasado 8 de noviembre, afirmó que la ley española de desahucios vulneraba la normativa comunitaria dado que no garantiza una protección eficaz de los consumidores frente a posibles cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas⁵.

La Ley española no admite como causa de paralización del desahucio la invocación de una cláusula abusiva; por el contrario, esta cuestión debe dirimirse en otro juicio una vez que ya se ha ejecutado la expulsión. El dictamen de la abogada general afirma que la regulación procesal nacional de la ejecución forzosa no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la directiva europea contra las cláusulas contractuales abusivas. Mantiene que la regulación española es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 'pues menoscaba la eficacia de la protección que ésta persigue'⁶.

Además, hasta ahora, no se estaba cuestionando la posición del acreedor para instar la ejecución hipotecaria; sin embargo, en los últimos días ha saltado a la palestra una mala praxis efectuada por algunas entidades financieras. Así, entidades, sucesores universales de entidades financieras extinguidas, que han ejecutado hipotecas frente a deudores, sin inscribir la subrogación del derecho real de hipoteca en el Registro de la Propiedad. La no inscripción supone la no asunción de los costes de la inscripción registral. Cuando el art. 149 de la Ley Hipotecaria ordena que tras admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, se ha de hacer en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, este requisito tiene carácter constitutivo y no declarativo cuando se trata de la hipoteca. De lo que, al no ser titulares registrales de garantías hipotecarias no pueden ejecutar las hipotecas⁷.

⁴ El CGPJ rechazó estudiar este informe. 46 jueces decanos de toda España han expresado su apoyo incondicional al mismo (7 de noviembre de 2012). Los decanos solicitan una reforma de la ley que les permita un margen de maniobras para suavizar las ejecuciones hipotecarias cuando concurren circunstancias excepcionales –como desempleo o cargas familiares–, la ampliación del Código de Buenas Prácticas o el fomento de la mediación hipotecaria. Afirmó el juez decano de Bilbao "No queremos ser meros cobradores del frac".

⁵ El dictamen de la abogada general responde a una cuestión presentada por el juzgado mercantil de Barcelona en julio de 2011, por el titular José María Fernández, ante el Tribunal de Justicia de la UE, que debe dirimir una denuncia presentada por un ciudadano contra Catalunya Caixa, que forzó su expulsión de la vivienda que ocupaba en enero de 2011 por impago de la hipoteca. El ciudadano en cuestión solicita que se declare nula una de las cláusulas del préstamo hipotecario y que, en consecuencia, el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria sea considerado también nulo.

⁶ La abogada general considera que "No constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda, la pérdida de la propiedad que la acompaña y el desalojo, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios". Para afirmar que la norma europea exige "que el consumidor disponga de un recurso legal eficaz para demostrar el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo, merced al cual, si se da el caso, pueda detenerse la ejecución forzosa".

La abogada general insiste en que el juez debe tener la posibilidad de suspender la ejecución forzosa hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree en perjuicio del consumidor una situación que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación.

Aunque el dictamen de la abogada no tiene carácter vinculante, lo cierto es que el Tribunal sigue sus recomendaciones en el 80 por 100 de los casos. Tras la deliberación, se espera que haya sentencia antes de las Navidades.

⁷ El Juzgado de primera instancia n.º 5 de Linares ha admitido a trámite dos demandas de nulidad de actuaciones frente a dos bancos, por entender que no pueden ejecutar la hipoteca al no ser titulares registrales de la garantía hipotecaria que pretende

La tasa de impago respecto a las hipotecas activas sigue aumentando, así como el número de viviendas en proceso de ejecución hipotecaria. Situación especialmente dramática cuando la unidad familiar dispone de una única vivienda y es sobre la que se constituyó la hipoteca o en el caso de mayores que han hipotecado sus viviendas para avalar a sus hijos y ahora se ven ante un más que probable desahucio.

Ante la alarma social generada en los últimos meses⁸ la vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría y la vicesecretaria general del PSOE, Elena Valenciano, mantuvieron varias reuniones para dar una solución al drama social de los desahucios que concluyó sin acuerdo entre las partes.

El 12 de noviembre de 2012, la Asociación Española de Banca (AEB) anunció que aceptaba la propuesta del Gobierno para frenar en casos 'de extrema necesidad' los desahucios durante los próximos dos años, aunque sin concretar cuáles son esos casos. A este comunicado de la patronal, se unió el de las entidades financieras asociadas a la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), las antiguas Cajas de Ahorros, que anunciaron que también suspendían la ejecución de desahucios de vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables, hasta la entrada en vigor de la reforma normativa anunciada por las autoridades. Quieren mejorar su imagen.

La solución del Gobierno, ha venido de la mano del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (en vigor desde el 16 de noviembre de 2012). Ante las situaciones dramáticas que se están viviendo, ha sido la de establecer una moratoria de dos años frente a desahucios que afectan a las familias más vulnerables. Puesto que la tasa de recesión seguirá aumentando en el próximo año, ésta no es sino una medida que sólo conseguirá aplazar (y agravar) el problema.

2. MEDIDAS ADOPTADAS PARA PROTEGER A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), regula en sus arts. 681 a 698 la ejecución de los títulos hipotecarios, los cuales gozan de un carácter privilegiado y sumario respecto de los otros títulos ejecutivos. Esto configura un ordenamiento en materia de ejecuciones hipotecarias que constituye uno de los más duros en el ámbito europeo. La actual crisis económica ha supuesto la introducción de modificaciones en la normativa para relajar esa rigidez.

Una de las normas aprobadas para proteger a los deudores hipotecarios es el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, aprobado con la finalidad de garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realicen sin que provoquen situaciones abusivas o malbaratamiento de los bienes hipotecados. Este Decreto aumentó el mínimo inembargable hasta el 150 por 100 del salario mínimo interprofesional y un 30 por 100 adicional por cada miembro de la unidad familiar que no perciba ingresos superiores al salario mínimo interprofesional. Esta medida pretende suavizar una situación posterior; la del sujeto que habiendo perdido su vivienda habitual, el dinero obtenido con la subasta no haya sido suficiente para cubrir el crédito.

Otra de las medidas incluidas en este Decreto es la de elevar el precio de adjudicación de un inmueble hipotecado cuando se queda desierta la subasta al 60 por 100 del valor de tasación al concederse el crédito. Además, con el fin de facilitar una mayor concurrencia de postores a la subasta, se reduce hasta el 20 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el art. 666 LEC, el depósito en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones exigido para poder pujar en la subasta. También, se pretende acelerar las subastas judiciales electrónicas con pujas a través de internet.

Otra, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de los Deudores hipotecarios sin Recursos, donde se establecen medidas conducentes a la reestructuración de la deuda hipotecaria (entre las que se incluyen la moderación de los intereses moratorios) de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de

ejecutar como sucesores de otras entidades bancarias. Con anterioridad, una sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón afirmaba que la necesidad de la inscripción es requisito para la eficacia de la garantía real; no sólo para entender constituida la misma, sino también para la virtualidad de la modificación subjetiva afectante a alguna de las partes.

⁸ Aunque ya existían voces en los últimos años que venían denunciando esta práctica. Así, la Plataforma de Afectados por las Hipotecas, asociaciones de consumidores, UGT, FEMP, OCU, ADICAE, etc.

los procedimientos de ejecución hipotecaria. Para ello el deudor ha de hallarse situado en el denominado 'umbral de exclusión', para lo que se fijan unos requisitos acumulativos:

- a) Que todos los miembros de la unidad familiar (se incluyen aquí a la pareja de hecho y a los hijos, con independencia de la edad, que residan en la vivienda) carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas; esto es, estén en el paro. Con que uno tenga rentas, aunque sea a tiempo parcial o en condiciones precarias, se pierde el derecho. Requisito que debe ser cumplido por todos los codeudores que no formen parte de la unidad familiar.
- b) Que la cuota hipotecaria sea superior al 60 por 100 de los ingresos netos del conjunto de la unidad familiar (normalmente por prestación por desempleo o subsidio). Requisito que debe ser cumplido por todos los codeudores o fiadores.
- c) Que ningún miembro de la unidad familiar posea otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. Requisito que debe ser cumplido por todos los codeudores o fiadores.

Los condicionantes para adquirir el 'status' de 'umbral de exclusión' y poder acogerse a las medidas de reestructuración de la deuda garantizada con hipoteca, han sido definidos tan restrictivamente, que para acceder a ese estatus se ha de estar en la pobreza más absoluta. Así, ha sido denunciado, entre otras voces, por el PSOE que afirma que el colectivo que puede acogerse es muy escaso, como por el informe emitido por los siete magistrados del CGPJ que destacan que desde que entró en vigor 'la aplicación de la norma ha sido testimonial'.

Además, la aplicación del Código de Buenas Prácticas será de aplicación voluntaria para las entidades financieras y únicamente se extenderá a las hipotecas que se hayan constituido en garantía de préstamos o créditos concedidos para la adquisición de viviendas cuyo precio de adquisición no haya excedido de determinadas cantidades establecidas en función del número de habitantes del municipio donde radique el inmueble.

Lo anterior, es objeto de numerosas críticas.

Así, el carácter voluntario para las entidades financieras de adherirse a él (si se adhieren pasa a ser obligatorio por un plazo de dos años prorrogable automáticamente por períodos anuales, salvo renuncia expresa).

El hecho de que las medidas no se apliquen a todos los deudores, sino sólo a los deudores hipotecarios y de entre éstos, únicamente a aquellos cuya hipoteca recaiga sobre la única vivienda de su propiedad en garantía de un préstamo o crédito concedido para su adquisición (lo que podría dejar fuera los supuestos de ampliación o reestructuración del préstamo) y garantizado de modo exclusivo con hipoteca sobre ese inmueble.

Además, sólo se aplica si el precio de adquisición de la vivienda no excede de determinadas cantidades en función del número de habitantes de la población y no según las zonas que hubiera sido más acorde con este condicionante. A mayor abundancia, no se establecen criterios correctores tales como la fecha de adquisición de la vivienda, en plena burbuja inmobiliaria o no, además, los que lo han comprado más caro quedarán excluidos de la protección, el número de familias que habitan la vivienda, número de miembros, sus ingresos, el número de parados de la unidad familiar. La fijación de unos precios uniformes para todo el territorio español dará lugar a situaciones injustas, por circunstancias extrínsecas a la compra de la vivienda.

Las medidas que se incorporan al Código de Buenas prácticas previas a la ejecución hipotecaria consisten en una reestructuración de deudas hipotecarias consistente en una aplicación conjunta de las siguientes medidas:

- a) Carencia en la amortización del capital por un plazo de cuatro años.
- b) Ampliación del plazo de amortización hasta 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- c) Reducción del tipo de interés al Euribor más 0,25 por 100 durante el plazo de carencia.

Si el plan de reestructuración resulta inviable, dada la situación económico financiera del deudor, por cuanto la cuota hipotecaria mensual siga siendo superior al 60 por 100 de los ingresos que perciba el

conjunto de la unidad familiar, podrá solicitar una quita en el capital pendiente de amortización, que la entidad tendrá la facultad de aceptar o rechazar.

Si la reestructuración y las medidas complementarias no resultan viables, en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual, estando la entidad obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado, quedando definitivamente cancelada la deuda. El deudor podrá permanecer durante dos años en la vivienda, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Una cuestión que no estaría de más resolver es con relación al plazo de adhesión al Código de Buenas Prácticas por parte de la entidad financiera; habría que especificar la obligatoriedad para ella de aceptar la dación en pago si deja de estar adherida con posterioridad a la elaboración del plan de reestructuración y antes de la dación en pago. Esto es, una vez iniciado un plan de reestructuración con un deudor quedar vinculada en los términos del Real Decreto, aunque con posterioridad deje de estar adherida.

Junto a las medidas de reestructuración se establecen unas medidas fiscales. Así, se declara la exención de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados para las escrituras de formalización de novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios producidos al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012.

En el Impuesto municipal sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se considera sustituto del contribuyente, en las transmisiones realizadas por deudores al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012, con ocasión de la dación en pago de su vivienda a la entidad que adquiera el inmueble.

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se declara exenta la ganancia patrimonial que pudiera generar en los deudores con ocasión de la dación en pago de su vivienda al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012.

Asimismo, los derechos arancelarios notariales y registrales derivados de la cancelación del derecho real de hipoteca en la dación en pago efectuada al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012, se bonificarán en un 50 por 100.

Se critica que se hace depender de la voluntad de adherirse al Código del acreedor el que el deudor se pueda beneficiar de estas ventajas fiscales. Si hay reestructuración del crédito con un banco no adherido o hay dación en pago a una entidad no adherida, aunque se cumplan los requisitos el deudor no gozará de ninguna ventaja fiscal, sino que los tributos que gravan la operación vendrán a agravar una situación ya de por sí lamentable. Qué duda cabe, que ello origina situaciones injustas desde el punto de vista de la equidad.

Se incluyen otras medidas:

Simplificación de la ejecución extrajudicial de los bienes hipotecados, regulada en el art. 129 LH a través de una subasta única.

Otras, comportan la incorporación como beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el RD 2066/2008, de 12 de diciembre, por la que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011, a las personas que hayan sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento como consecuencia de un proceso de ejecución hipotecaria, así como a las que suscriban un contrato en alquiler en aplicación de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas.

Las críticas y presiones de diversos sectores⁹ ha llevado a que la número dos del Gobierno haya intervenido para paliar la situación de los deudores hipotecarios. Se ha aprobado, así, el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que a la vista de muchos sectores es insuficiente y sólo contiene parches a la situación de estos damnificados. Se afirma desde diversos medios de comunicación que se ha cedido a pre-

⁹ El PSOE registró el pasado día 25 en la Mesa del Congreso una iniciativa que incluye la modificación de varias normas encaminadas a paliar la insuficiencia de dos decretos ley, presentados entre 2011 y 2012, que ya abordaron la situación de los deudores hipotecarios. El PSOE presentó en el Congreso una Proposición de Ley 122/000081 denominada de 'Segunda Oportunidad' contra el desahucio, la insolvencia y el sobreendeudamiento familiar, en el que se 'prioriza el rescate a las familias en lugar del rescate a la banca'. Pretende limitar los desahucios y aportar instrumentos para resolver los casos en que los ciudadanos tienen dificultades para hacer frente a su hipoteca.

siones de Bruselas (a quien se dice preocupaba una profunda reforma de la Ley Hipotecaria cuando le va a dar a los Bancos españoles 40.000 millones de euros, extremo que ha sido negado por Bruselas), la Banca y el miedo a los mercados.

En este Real Decreto-Ley 27/2012 se establece una moratoria de 2 años para el lanzamiento de viviendas habituales derivado de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, para colectivos especialmente vulnerables y en determinadas circunstancias económicas. Se incluyen; familias numerosas, unidad familiar con un menor de 3 años, con algún miembro con discapacidad que le incapacite para el ejercicio laboral, que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo, etc. A ello se añade, que concurren unas circunstancias económicas tales como que el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en 2012 es de 532e al mes, 19.200e al año contabilizado con 12 pagas), que la cuota hipotecaria sea superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba la unidad familiar, que en los 4 años anteriores a la solicitud se haya producido una alteración significativa de las circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, etc.

No se han modificado ni la Ley Hipotecaria, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se han limitado los intereses moratorios, no se ha introducido la figura de la dación en pago, no se ha establecido que el valor de tasación a efectos de subasta sea el que fue tenido en cuenta a la hora de conceder el préstamo garantizado con hipoteca, sólo se establece la moratoria para deudas con entidades financieras. Del todo insuficiente.

No se aplica a procedimientos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

No se ha introducido un procedimiento concursal para personas físicas tal y como rige en la mayoría de los países desarrollados, en los que se da una nueva oportunidad a estas personas para comenzar de cero sin deudas. La finalidad de estas regulaciones es la de rehabilitar al deudor mediante la extinción o liberación de las deudas tras la liquidación de los bienes (al igual que sucede con las personas jurídicas). En España, los deudores insolventes (particulares y pequeños empresarios) siguen respondiendo con todos sus bienes presentes y futuros tras haberse liquidado todo su patrimonio, lo que constituye una enorme traba a su proceso de recuperación y, por ende, a la reactivación de la economía.

Eso sí, se ha introducido el encargo al gobierno de promover junto con el sector financiero un parque de viviendas en alquiler para desahuciados en que concurren las circunstancias anteriores, a precios asequibles.

El Ministro de Economía, Sanidad y Fomento, representantes de entidades financieras, FEMP y ONG han adoptado un Convenio en el que se establece la creación de un Fondo social de alquiler, de aplicación a familias de especial vulnerabilidad, por el que se alquilaran viviendas a aquellos que han sido desalojados de sus hogares por impago de préstamos hipotecarios después del 1 de enero de 2008, que habrán de solicitar a la entidad financiera que ejecutó su vivienda, quien a su vez solicitará informe a los servicios sociales de Ayuntamientos y Diputaciones. La duración del arrendamiento será de dos años, prorrogable un año más, se abonarán cantidades entre 150 y 400e, como máximo el 30 por 100 de los ingresos netos de la unidad familiar. Los ingresos de la unidad familiar han de ser inferiores al IPREM, 1.597,53e mensuales. La selección se realizará por una comisión en la que participarán tanto administraciones públicas, incluyendo las municipales, como ONG.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO

Numerosas voces¹⁰ han pedido la introducción de la dación en pago con carácter obligatorio, para que el deudor salde su deuda con la entrega del inmueble, incluso con carácter retroactivo. En la

¹⁰ También, el informe elaborado por los magistrados reclama la dación en pago, la entrega de la vivienda como modo de cancelar el crédito, de modo imperativo en determinados casos, y el Proyecto de Ley presentado por el PSOE. Significativos son los pronunciamientos de nuestros Tribunales ante la responsabilidad universal del deudor. Así, el Auto de la Audiencia de Navarra de 17 de diciembre de 2010, considera 'moralmente rechazable' que no quede extinguida la deuda cuando el acreedor hipotecario se adjudica la finca hipotecada, figurando un valor de tasación superior al importe debido, alegando la pérdida de valor de la finca hipotecada (Con posterioridad, la misma Audiencia ha mantenido posiciones diferentes (auto 4/2011, secc. Tercera de la Audiencia de Navarra de 28 de enero de 2011, cuando el Tribunal Constitucional validó el proceso de ejecución

dación en pago, el deudor realiza una prestación diversa de la debida al acreedor quien acepta recibirla en sustitución de ésta. Es un negocio *pro soluto* con plenos efectos liberatorios para el deudor. Supone la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario al bien inmueble, sin que con posterioridad a su adjudicación a favor de la entidad financiera se pueda reclamar el resto del patrimonio del deudor. Se argumenta, que la dación es de solución obligada de conformidad con el Derecho comunitario, bajo los principios comunitarios de salvaguarda del equilibrio contractual y la defensa a ultranza del consumidor.

La posibilidad de que el acreedor deba conformarse con la garantía hipotecaria para saldar la deuda, está admitida en 11 Estados de EEUU (en el resto, rige la regla general de la responsabilidad patrimonial universal); la responsabilidad se limita a la finca hipotecada. En estos Estados se admite la ejecución extrajudicial, en ésta, la hipoteca es 'sin recurso', por lo que si el importe obtenido no es suficiente para cubrir la deuda, ésta queda extinguida porque los jueces no van a admitir el embargo de más bienes¹¹.

En nuestro ordenamiento cabe el pacto de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada, contemplada en el art. 140 Ley Hipotecaria¹², éste impide el ejercicio de la acción personal, pero no se puede imponer si no se ha recogido en el momento de formalización de la hipoteca.

No hay que confundir la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada, a que se refiere el art. 140 LH, con el derecho a liberarse de la deuda hipotecaria mediante la entrega del inmueble hipotecado al deudor. En la primera, el deudor sólo puede hacer efectiva la responsabilidad que se ha contraído con la deuda hipotecaria sobre el inmueble hipotecado, si tras la adjudicación al mejor postor hay un remanente sobre la deuda, éste se devuelve al deudor o se adjudica a otros acreedores. En la segunda, con la entrega de la finca hipotecada la deuda queda saldada sin que si hay un remanente se devuelva al deudor o a otros acreedores.

Las entidades financieras argumentan que para que puedan asumir ese riesgo tendrían que incrementar los intereses, haciendo menos accesible el préstamo, se encarecerían las hipotecas; se pagaría una cantidad mayor de cuota y se exigiría más capital inicial para conceder el préstamo, se reduciría el capital prestado, se acortarían los plazos de amortización, etc. Afirman, que como contrapartida, se dificultaría el acceso al crédito.

También, se ha argumentado en contra de la dación en pago que supondría un incremento en la prima de riesgo soberana que afectaría negativamente a la banca, un incremento de la mora del sector, lo que se traduciría en la adjudicación de un mayor número de inmuebles en balance de las entidades financieras, lo que agravaría la contracción del crédito y la situación de la banca. Además, se añade

hipotecaria puesto en cuestión por un Juzgado de Sabadell). El auto de 16 de marzo de 2011 de la Audiencia de Navarra desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el auto de 17 de diciembre de 2010. En un Auto de 16 de julio de este año, ha planteado nuevas vías para evitar los abusos de los bancos; desde el enriquecimiento injusto, la increíble bajada de precios de las viviendas, los excesos en la tasación y el precio por el que se adjudica en subasta.

Una sentencia de la Audiencia de Girona, de 7 de abril de 2011, afirmaba que el banco no debe adjudicarse un bien por un precio inferior al de su tasación, obtener un beneficio adicional revendiéndolo a un tercero y, además, seguir persiguiendo al deudor que no podía abonar las cuotas. "La actuación de banco incurre en abuso de derecho", dice la sentencia, y es contraria a la buena fe. El Auto de Torrejón de Ardoz (Madrid), de 10 de enero de 2012, hacía referencia al enriquecimiento injusto de la entidad financiera por adjudicarse un inmueble a la mitad de su valor. Se afirmaba que la aplicación de la regulación "conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación" de la crisis y le permitiría adquirir la vivienda "por un precio irrisorio". Además, permitir que el banco reclamase además la deuda al desahuciado era amparar una operación "que no difiere mucho de la usura". Actualmente, hay planteada una pregunta ante el Tribunal de Justicia de la UE, magistrado José María Fernández Seijo, acerca de: ¿Es el sistema de desahucios respetuoso con los consumidores?.

¹¹ Consecuencia de haber constituido una hipoteca en su modalidad de *Deed of Trust* en lugar de en su modalidad de *mortgage*. En la primera, la deuda se garantiza transmitiendo la propiedad al acreedor, reteniendo la posesión el deudor. Para el caso de que el deudor no pague el acreedor de la finca la puede vender y aplicar lo obtenido a la cancelación de la deuda, quedando ésta extinguida.

¹² Artículo 140 LH. "No obstante lo dispuesto en el artículo 105 podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121".

que genera asimetrías; una revalorización del inmueble beneficiaría al 100 por 100 al hipotecado, mientras que una depreciación la asumiría la entidad financiera.

Se dice que admitir la dación en pago induciría a insolvencias estratégicas en aquellos supuestos en que la deuda pendiente fuera superior al valor de mercado de la vivienda. Ciertamente dudoso; quién quiere perder su vivienda, además, la morosidad en España antes de la crisis se situaba por debajo del 1 por 100, por lo que no es un rasgo que caracterice al ciudadano español. A mayor abundancia, en un entorno de subida de precios las beneficiadas serían las entidades financieras, que podrían incluso presionar para quedarse con el inmueble.

En este punto, hay que tener en cuenta lo prevenido en los arts. 1859 CC y 1884 CC¹³ que prohíben al acreedor quedarse con el inmueble en caso de impago, precisamente para prevenir el mayor valor de la finca con respecto al crédito vivo. Para evitarlo, se argumenta que la dación en pago sólo se pudiese realizar dentro del procedimiento judicial de subasta o que el pacto de dación en pago sólo fuera posible en el momento del incumplimiento, pero no en el de la constitución.

Se argumenta que la aplicación retroactiva de la dación conculca el principio de seguridad jurídica, además, de que desequilibraría los balances de los bancos.

El principal inconveniente de esta figura actualmente radica en el enorme número de inmuebles con que cuenta una entidad y un mercado en que la demanda prácticamente ha desaparecido por falta de liquidez y en que los precios de las viviendas se han desplomado. Los Bancos se muestran reticentes a admitir esta figura; nos planteamos si su postura sería la misma si el precio de los inmuebles en lugar de caer, hubiera aumentado. En este caso, la coyuntura del mercado les beneficiaría. Circunstancia extrínseca a la relación de la que no se puede hacer depender, pues, la aplicación de esta figura.

Que la dación en pago adquiera carta de naturaleza pasa por hacer atractiva esta figura y por establecer su obligatoriedad, cuanto menos, en el caso de bancos intervenidos o con ayudas públicas (o las Cajas de Ahorros a las que se les inyectó dinero en 2010).

Los magistrados del CGPJ en el informe que han evacuado reclaman que las ayudas públicas a la banca se complementen con otras que permitan extender aquellas ayudas a los particulares, buscando soluciones que mitiguen las situaciones que se están produciendo y repartan las cargas sociales derivadas de la crisis y que hoy afectan exclusivamente a los ciudadanos.

El informe elaborado por los jueces habla de mala praxis de las entidades bancarias y propone que si el deudor sobreendeudado es de buena fe, han de serle extensible los beneficios y ayudas que la banca recibe del Estado: “pues en otro caso el deudor se verá abocado a la ruina, la pérdida del local donde ejerce su actividad empresarial o profesional (que es su medio de vida) o, lo que es peor, de su vivienda habitual”.

El origen de muchos problemas se halla, en algunos casos, en un comportamiento irresponsable de la banca. En pleno boom inmobiliario las entidades dejaron aparcado el control del riesgo. Frente a la práctica anterior a la hora de conceder un préstamo que exigía que el comprador tuviese el 30 por 100 del coste de la operación y una financiación del 80 por 100 del valor de tasación, dejando la diferencia para los gastos de transacción, durante la burbuja inmobiliaria se llegaron a conceder préstamos de hasta el 100 por 100 ó el 120 por 100 del coste de financiación. Estas sobrevaloraciones hipotecarias o las segundas hipotecas se destinaron al consumo suntuario. Se pactaron cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario; tales como los elevados intereses moratorios establecidos en más de 10 puntos sobre los intereses remuneratorios, los valores de tasación de la subasta por debajo del valor de tasación del inmueble, etc.

Por lo que ante ese comportamiento irresponsable de la banca, se deberían repartir entre acreedor y deudor los efectos perniciosos derivados de una insolvencia sobrevenida en el deudor, y en aquellos préstamos que respondieran a sobrevaloraciones hipotecarias se estableciese con carácter obligato-

¹³ Art. 1859 CC: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”.

Art. 1884 CC: “El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

rio la dación en pago, después de haber examinado la viabilidad de un plan de reestructuración del crédito. No obstante, el sentir general es que siempre gana la banca, como si de un juego de póker se tratara.

4. POSIBLES ALTERNATIVAS

La situación actual de desahucios se ha vuelto insostenible; hay que encontrar de modo perentorio una solución a las situaciones de sobreendeudamiento generadas de buena fe. Las soluciones que se adopten favorecerán, en algunos casos, que los sujetos puedan hacer frente a sus compromisos y, lo que es más importante, favorecerán su participación en la reactivación de la economía, mediante el consumo o por el hecho de ser prestatarios de determinadas ayudas públicas. En el peor de los casos, no se agravará su situación. La solución deberá pasar por una batería combinada de medidas.

Y, en este sentido, hay que seguir en la línea del Código de Buenas Prácticas, pero efectuando una regulación más flexible y acorde con la realidad, y con carácter vinculante. Si se quiere, de modo transitorio, en atención a la falta de control del riesgo por parte de algunas entidades financieras.

Comenzar con la reestructuración del préstamo en el caso de sobreendeudamiento del deudor de buena fe. Tres cuestiones se han de resolver aquí. Qué hay que entender por sobreendeudamiento, qué requisitos han de concurrir para que un deudor sea considerado de buena fe y quién es el órgano encargado de fijar el plan de reestructuración.

Contestando a la última cuestión, se afirma de modo rotundo que no se puede dejar en manos de ninguna de las partes interesadas el diseño del concreto plan de reestructuración, sino que debería ser una comisión de carácter administrativo y, por tanto, independiente, la que elaborara un plan de reestructuración a instancia del deudor, que incluyera quitas, moratorias y otras medidas, y que fuera obligatorio tanto para éste como para la entidad financiera si se quiere que sea efectivo.

Con referencia a qué hay que entender por sobreendeudamiento, hay que establecer una definición de este concepto que no sea tan restrictiva como la contenida en el Código de Buenas Prácticas. Así, debe referirse a la situación de sobreendeudamiento derivada de una incapacidad sobrevenida para hacer frente al crédito hipotecario por causas imprevistas y deben ser las comisiones administrativas y los jueces los que en cada caso sean competentes para decidir si hay sobreendeudamiento, partiendo de un concepto variable del mismo, que incluya una diversidad de parámetros entre los que se incluyan no sólo la situación actual sino también la capacidad futura para generar ingresos, así como el activo de que cuenta el deudor. Tampoco debe limitarse a dificultades reales y efectivas, sino también previsibles. No vale la remisión al 'umbral de exclusión' con unos parámetros fijos e iguales para todos los deudores, ha de ser un concepto adaptable a cada caso.

Y, con relación a la última cuestión, ya los magistrados del CGPJ en el informe que evacuaron establecían que había que determinar el concepto de deudor hipotecario de buena fe. Habría que determinar los sujetos que pueden acogerse a la reestructuración; personas físicas por deudas que no tengan origen en actividades empresariales o profesionales, personas que hayan garantizado el pago de deudas profesionales siempre que no se beneficien directamente de actividades profesionales, etc.

Con relación al concepto de buena fe, habría que ponderar si el deudor al contratar los préstamos tenía conciencia de sobrepasar su capacidad económica de reembolso, si ha agravado deliberadamente su endeudamiento, cuál es su grado de formación, etc. Ello evitaría insolvencias estratégicas, denunciadas por las entidades financieras. Actuación, por lo demás, difícil de asimilar a la situación actual de pérdida de la vivienda habitual.

En ese plan de reestructuración, como hemos apuntado en líneas anteriores, debería incluirse como una de las medidas posibles a ponderar, la quita de parte de la deuda. Y habría que acompañarla de una medida fiscal que evitara que la situación del deudor se hiciera más gravosa; exonerar de gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la ganancia patrimonial generada en el deudor por el importe de la quita. Las figuras fiscales no pueden suponer un obstáculo en estos procedimientos.

Si las medidas de reestructuración de la deuda no resolvieran el problema, se podría acudir a la dación en pago. En este caso, se podría plantear con carácter obligatorio para las entidades interveni-

das (los embargos muchas veces los llevan a cabo bancos intervenidos por el Estado), en determinados supuestos de responsabilidad de la entidad financiera que concedió préstamos sin ponderar el riesgo, y de carácter potestativo para el resto de personas y entidades. Aquí entraría en juego el atractivo de la figura para esas otras entidades¹⁴.

Y, qué duda cabe, uno de esos atractivos es el ahorro temporal que supone la dación en pago frente a las ejecuciones hipotecarias, por no hablar de que en las daciones el inmueble se obtiene en mejores condiciones y no hay que provisionar por saldos de dudoso cobro.

Las entidades financieras barajan plazos bastante amplios antes de iniciar una ejecución hipotecaria. De este modo, consideran moroso a un hipotecado al cabo de entre tres y seis meses de impago. A partir de entonces, comienza un proceso muy costoso para el deudor ya que implica que le van a exigir el monto total del crédito pendiente a un interés que ronda en torno a diez puntos porcentuales más que los intereses remuneratorios. Además, las costas judiciales van a cargo del deudor. Si no puede pagar, ni tampoco el avalista, si lo hay, se procede al embargo y subasta del inmueble. Proceso que puede durar entre ocho y quince meses. La dación en pago evita los largos plazos para acceder a la posesión y propiedad del inmueble.

Además, si el inmueble es la vivienda familiar del deudor, cabe la enervación de la acción hipotecaria, que permite la rehabilitación del préstamo hipotecario si el deudor paga las cuotas pendientes más los intereses, sin necesidad de contar con el consentimiento de la entidad financiera; hasta el día señalado para la subasta se puede consignar lo que se debe y evitar la ejecución. El deudor podrá seguir pagando la hipoteca. Esta posibilidad se puede ejercer una vez cada cinco años.

Como última solución, se podría acudir a las ejecuciones hipotecarias, pero revisar las condiciones del procedimiento, igualando posiciones entre deudor y acreedor.

Así, habría que regular la posibilidad de que el Juez pudiera suspender la ejecución hipotecaria en tanto se resuelve sobre la existencia o no de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo. E, incluso, imposibilitar esta práctica; comenzando por las tasaciones por las que saldrá el bien a subasta: el sistema de tasaciones debería ser totalmente independiente de las entidades financieras. Por no decir, que resulta una incongruencia que se hagan dos tasaciones distintas al inmueble; una para conceder el préstamo y, por tanto, determinar la cantidad a prestar, y otra, para fijar el valor de tasación de la subasta¹⁵.

También, habría que limitar los intereses de demora¹⁶. Ante la lentitud judicial, aunque durante ese tiempo el deudor permanece en su domicilio, los intereses van devengándose, incrementando una deuda ya de por sí gravosa. Se les debería aplicar la Ley de usura¹⁷ y declarar nulo el contrato.

También, habría que evitar que los bancos se puedan adjudicar las viviendas a precio de saldo. La Ley actualmente permite a las entidades bancarias adjudicarse inmuebles en caso de subasta sin postor por un valor inferior al real. Se debería proceder a la adjudicación por su valor real (o cuanto menos el 80 por 100 que es demandado por varios sectores) y además conforme a la tasación realizada por peritos independientes a la entidad crediticia.

¹⁴ El PSOE en el Proyecto de Ley que ha presentado, se plantea la obligación de aceptar la vivienda como dación en pago a todas las entidades bancarias y cajas de ahorro que hayan recibido ayudas públicas o que hayan sido rescatadas. También, incluye la aplicación de esta medida a las familias con rentas de hasta unos 18.600e anuales, dos veces y media el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

¹⁵ El PSOE en su propuesta destaca el valor de tasación que se ha de dar al bien a efectos de la ejecución de la garantía por incumplimiento de pago que no puede ser inferior al valor de tasación que sirvió para la concesión del préstamo. Además, las sociedades encargadas de tasar los bienes embargados han de ser independientes de la entidad financiera inmersa en el proceso.

¹⁶ Se ha reivindicado por diversos sectores, que se pongan límites a los intereses de demora para evitar los abusos actuales.

¹⁷ Art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo. "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos".

Otro de los puntos a destacar sería la potencialización de la ejecución extrajudicial de los bienes hipotecados (arts. 1858 CC y 129 LH), para evitar la judicialización de los casos. Se considera que este procedimiento es más eficaz, rápido y económico que el judicial. Es más, con la Circular emitida por el Consejo General del Notariado, aprobada el 25 de febrero de 2012 en sesión plenaria, las ejecuciones extrajudiciales deberán tener un tope mínimo del 60 por ciento del valor de tasación de la vivienda en su tercera subasta. Hasta la misma, las ejecuciones extrajudiciales sólo tenían topes en la primera subasta (del 100 por cien del valor del inmueble) y en la segunda subasta (del 75 por ciento del valor del inmueble). Si estas dos quedaban desiertas se iba a la tercera que quedaba libre. Con lo que el deudor podía perder su vivienda por cantidades muy inferiores al precio real de la misma y seguir debiéndole al banco. Ahora, los notarios podrán garantizar a los ciudadanos los mismos derechos en las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales que en las judiciales.

La ejecución extrajudicial, además, es más rápida, mientras que el embargo judicial puede demorar hasta 15 meses, los notarios la pueden autorizar en dos, por lo que supone un ahorro en costas¹⁸.

Por último, se deberían potenciar mecanismos que permitieran al deudor permanecer en su vivienda pagando un alquiler o acudiendo a fórmulas como el leasing. De operarse la dación o la ejecución hipotecaria, transmitiéndose la propiedad de la vivienda a la entidad, habría proceder a la reconversión del préstamo hipotecario en un contrato de alquiler asequible al deudor, si ello fuera posible. Se podría pactar incluso un pacto de recompra. No hay que olvidar que las viviendas ejecutadas no encuentran salida en el mercado inmobiliario, que las entidades tienen que provisionarlas, por lo que es más atractivo para la entidad llegar a un acuerdo.

Las entidades financieras ven incrementado su fondo de inmuebles desahuciados con escasas posibilidades de venderlos en un mercado sin liquidez y teniendo en cuenta que los precios pueden continuar bajando.

Como medida adicional, habría que considerar que si el Banco con posterioridad al desahucio vende los inmuebles a un precio superior del adjudicado en la subasta, el exceso se debería aplicar a cancelar la deuda viva del ejecutado, reduciendo su deuda.

Sería aconsejable, además, la adopción de unas medidas coyunturales:

Mientras dure la crisis actual, se debería permitir que los jueces en determinadas circunstancias, pudieran aplazar o suspender el desahucio del que por no tener trabajo no puede hacer frente al crédito hipotecario. El actual procedimiento de ejecución hipotecaria no recoge ni su aplazamiento ni su suspensión. Los jueces deberían tener la posibilidad de otorgar moratorias por accidentes, desempleo, desgracias o enfermedad, que supusiera un contrapeso a la mala praxis de algunos bancos; períodos de carencia en los que los intereses moratorios serían el precio del dinero, ampliaciones del plazo de amortización, etc.

A la espera de lo que diga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que incluso puede llevar a una modificación de la normativa interna permitiendo la suspensión de la ejecución en el caso de que se plantee la existencia de cláusulas abusivas.

Habría que adoptar unas medidas de futuro:

Hacer transparentes las cláusulas que se contienen en las condiciones generales de contratación, analizar y controlar las exigencias para la concesión de estos préstamos con la finalidad de evitar cláusulas abusivas, especialmente las cláusulas suelo que perjudican al deudor.

Incentivar a las entidades financieras a que informen del crédito de responsabilidad limitada, ya previsto en el art. 140 LH, que permite la posibilidad de limitar la responsabilidad del deudor por el préstamo hipotecario.

¹⁸ En la Consulta DGT V2966-11 de 20/12/2011, con relación a la modificación de un préstamo hipotecario cuyo único contenido sea la introducción del pacto de 'venta extrajudicial de los bienes hipotecados', sin modificación alguna de los demás términos y condiciones ni de la responsabilidad hipotecaria de los mismos, se declara que la escritura pública en la que se formalice la modificación de un préstamo hipotecario para incluir exclusivamente esta cláusula, no estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por no tener por objeto cantidad o cosa evaluable. De lo que, la alteración o expresión en escritura pública del valor de tasación de una finca hipotecada no incide en el impuesto de actos jurídicos documentados.

Responsabilizar a las entidades financieras en la valoración de la solvencia de los solicitantes de un préstamo, generar un perfil (al modo de las Instituciones de Inversión).

En esta línea, por ejemplo, Holanda impone a los banqueros un código deontológico, desde finales de octubre, de obligado cumplimiento, que de ser vulnerado conllevaría sanción. De modo que no podrán vender productos de dudoso beneficio para sus clientes, como créditos o hipotecas basura. En cuanto a las bonificaciones, no podrán superar el 20 por 100 del salario. Las organizaciones financiadas por el Estado, por su parte, tendrán prohibido especular. En definitiva, se prohíbe vender hipotecas basura.

5. MEDIDAS FISCALES

Como medidas complementarias: las fiscales. A la situación de insolvencia del deudor se añade una deuda con el fisco que las ejecuciones hipotecarias o la dación en pago puedan generar¹⁹. El deudor que pierde su vivienda mediante ejecución hipotecaria, además de seguir siendo responsable de la deuda viva con sus bienes presentes y futuros, lo es de las deudas tributarias que la transmisión de la vivienda origina (bien es cierto que el Banco asume el pago del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sumando un gasto más a la debida por el deudor ejecutado). En la dación en pago, aun cuando salda su deuda, sigue siendo deudor del Tesoro Público.

5.A. Concurrencia de procedimientos

En las ejecuciones hipotecarias el *iter* es el que sigue. Se procede a la ejecución hipotecaria de un inmueble y tras aplicar lo obtenido en la subasta a la cancelación del crédito, puede quedar un saldo pendiente (lo habitual en los tiempos que corren). Ante esta situación, el Banco podrá seguir adoptando medidas con la finalidad de cobrar la deuda impagada vigente; embargo de cuentas corrientes, salarios, pensiones, etc, por el principio de responsabilidad universal de las personas físicas.

Como señala el art. 579 LEC, si subastado el bien hipotecado, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Por lo que se produce la transformación de la ejecución hipotecaria en ejecución ordinaria; realizada la garantía real, serán de aplicación las disposiciones generales en materia de ejecución. Despachada la ejecución, en el Auto que contiene la orden de ejecución y despachando la misma, se procederá, si fuera posible, al embargo pertinente de bienes y derechos del deudor, así como las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, entre otras.

Debido a los impuestos devengados en la transmisión mediante subasta, la Administración tributaria se dirigirá contra el deudor para el cobro, tras el apremio procederá al embargo de determinados bienes y derechos del deudor, si los hay, en cuantía suficiente para cobrar la deuda.

Nos encontramos, pues, con una concurrencia de procedimientos²⁰; el de ejecución ordinaria instando por la entidad financiera por el crédito y el procedimiento de apremio desarrollado por Hacienda, en la correspondiente dimensión territorial, estatal o local, donde se produce la traba de bienes del deudor. En estos casos, se plantea la preferencia para la ejecución de los bienes trabados. Cuestión que aparece resuelta en la normativa tributaria.

¹⁹ En fecha 15 de noviembre de 2011 aparecía la noticia en El País *on line*, de que a una mujer que tras efectuar la dación en pago de su vivienda, el Ayuntamiento de Barcelona le giró liquidación por la plusvalía correspondiente, no es sino la punta del *iceberg*.

²⁰ No con un derecho de prelación del art. 77 LGT, por el que se establece que la Hacienda del Estado goza del privilegio de preferencia en el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores (no rige aquí la *par conditio creditorum*). Derecho de prelación del que también gozan la Hacienda de las CCAA (art. 2.3 LOFCA) y de las Corporaciones Locales (Art. 2.2 TR de la LRHL).

Se excepciona de ese derecho de prelación cuando concorra con "acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública". De modo que, si el particular tiene la deuda garantizada con un derecho real de hipoteca inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 1875 cc) tiene prelación respecto a Hacienda (si Hacienda, claro está, no lo ha inscrito antes).

Si el procedimiento de apremio concurre con otros procedimientos o procesos de ejecución de carácter singular, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento será la del proceso o procedimiento donde antes se hubiera procedido al embargo, tomando en cuenta la fecha de la diligencia que debe extenderse para hacerlo efectivo (art. 164.1.a) LGT).

Por lo que, si tras la ejecución hipotecaria existen bienes o derechos embargables en el patrimonio del deudor la prelación dependerá de la fecha del embargo; esto es, de la traba material de los bienes y derechos, y no de la prioridad de la disposición judicial (auto de ejecución) o administrativa (providencia de apremio) en la que se ordena exigir coactivamente la deuda, por cuanto es un mandato genérico que se dirige contra todo el patrimonio del deudor, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal.

No obstante, puede ocurrir que no existan bienes y derechos en el patrimonio del deudor, sino que éste sea insolvente. En este caso, la Administración tributaria, para el cobro de los impuestos devengados por la transmisión mediante subasta, se dirigirá contra el deudor para el cobro y si tras el correspondiente apremio lo considera fallido lo da de baja provisional por insolvencia (arts. 61 y ss RGR).

El procedimiento de apremio podrá reanudarse, dentro del plazo de prescripción de cuatro años, si se tiene conocimiento de la solvencia sobrevenida del obligado al pago. La deuda no desaparece porque el deudor se haya declarado insolvente. Hacienda puede reanudar la reclamación dentro del plazo de prescripción establecido.

El artículo 76 de la LGT reza:

- "1. Las deudas tributarias que no hayan podido hacerse efectivas en los respectivos procedimientos de recaudación por insolvencia probada, total o parcial, de los obligados tributarios se darán de baja en cuentas en la cuantía procedente, mediante la declaración del crédito como incobrable, total o parcial, en tanto no se rehabiliten dentro del plazo de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 173 de esta Ley.
2. La deuda tributaria se extinguirá si vencido el plazo de prescripción, no se hubiera rehabilitado"²¹.

Por lo que, si en el plazo de cuatro años no se rehabilitan los créditos declarados incobrables, prescribe el derecho a exigir su cobro. De lo que, Hacienda no cobra. Si transcurrido ese plazo se produce la solvencia sobrevenida del deudor declarado fallido, el Banco sí cobrará. Como sostiene el art. 570 LEC la 'ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante', precisamente por ese principio de responsabilidad universal.

Si la concurrencia es del procedimiento de apremio con procesos ejecutivos universales, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiese dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso²².

Un dato más a tener en cuenta es, como veremos en el epígrafe siguiente, que la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual pone de manifiesto el devengo de impuestos en los que aparecen implicadas distintas administraciones territoriales. Atendiendo al devengo de cada uno de ellos, vendrá determinado el plazo de su exigencia. Así, tanto el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terre-

²¹ Art. 173.2 LGT "En los casos en que se haya declarado el crédito incobrable, el procedimiento de apremio se reanudará, dentro del plazo de prescripción, cuando se tenga conocimiento de la solvencia de algún obligado al pago".

²² Se afirma que el concurso de acreedores es una mala opción para las familias y que ante una situación de sobreendeudamiento de particulares es más aconsejable recurrir a la negociación extrajudicial. Con el aumento de la crisis ha crecido el número de deudores que ante la imposibilidad de hacer frente a sus pagos, acuden a procedimientos concursales. Sin embargo, la Ley Concursal no protege en igual medida a personas físicas y jurídicas. Con la declaración de concurso se paralizan los pagos, los intereses de la deuda y las ejecuciones en curso. No obstante, los créditos garantizados con hipoteca no entran en la negociación entre deudores y acreedores, a no ser que el Banco acceda a ello. La Ley Concursal prevé la suspensión de la ejecución hipotecaria únicamente con relación a los bienes relacionados con la actividad profesional o empresarial del deudor; por tanto no en los supuestos de insolvencia de los particulares en los que el bien hipotecado constituye la vivienda habitual del concursado. Hay otros motivos que desaconsejan esta vía. Así, el final del procedimiento, por cualquiera de las causas previstas por la Ley, no permite declarar extinguida la deuda y, por tanto, la responsabilidad del deudor. Otra cosa sucede en los concursos de sociedades, en los que la persona jurídica acaba liquidada, disuelta y sus deudas quedan extinguidas. A lo anterior hay que sumar el alto coste del procedimiento concursal, una deuda más a añadir a la situación del deudor sobreendeudado.

nos de Naturaleza Urbana como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se devengan en la fecha en que se produce la transmisión, debiendo presentar la correspondiente declaración-liquidación o declaración en el plazo de 30 días desde el devengo. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se devenga el último día del período impositivo (31 de diciembre) y la declaración-liquidación se suele presentar los meses de mayo-junio. Luego, qué sucede si la concurrencia es entre procedimientos de apremio de distintas Administraciones territoriales.

Con relación al Impuesto local sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el deudor tras un procedimiento de ejecución hipotecaria o una dación en pago, no presenta ante el Ayuntamiento la declaración que contiene los elementos de la relación tributaria imprescindibles para practicar la liquidación o la correspondiente declaración-liquidación. En virtud del art. 110.7 LHL los notarios deberán comunicar al Ayuntamiento respectivo dentro de la primera quincena de cada trimestre 'relación o índice comprensivo de todos los documentos por ellos autorizados en el trimestre anterior, en los que se contengan hechos, actos o negocios jurídicos que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible de este impuesto'. Tras el cual se abre procedimiento de comprobación, regularización y consiguiente recaudación, de la deuda y, en su caso, las sanciones, con el consiguiente apremio.

Y, lo mismo sucede en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de naturaleza estatal. El contribuyente que no declara, es objeto de comprobación, regularización y apremio. A la vista de lo expuesto, la prevalencia de procedimientos derivará de la fecha del embargo conforme a la normativa general.

5.B. Tributos implicados

Uno de los impuestos que surgen como consecuencia de estas operaciones es el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana²³. Este tributo municipal de carácter obligatorio grava el incremento de valor puesto de manifiesto en un inmueble urbano como consecuencia de la transmisión de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos. Evidentemente, tanto la ejecución hipotecaria con entrega al banco, como la dación en pago constituyen una transmisión del inmueble; por lo que, al realizar el hecho imponible de este tributo, se pone de manifiesto ese incremento de valor del terreno surgiendo la sujeción al mismo; la obligación de pago a cargo del deudor que pierde su vivienda al ser la transmisión una transmisión operada con carácter oneroso (el impuesto lo asume generalmente el banco dada la enorme dificultad económica del hipotecado).

La base imponible de este impuesto está constituida por el incremento de valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo, y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años. En función de los años que ha sido propietario del inmueble: 1 por 100 valor catastral del suelo por cada año de permanencia.

Aliviar la carga de aquél que ha perdido su vivienda habitual pasa por aliviarlo de cargas de carácter fiscal. Habría que modificar el impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, a fin de declarar la exención de las transmisiones onerosas de terrenos derivadas de ejecuciones hipotecarias o daciones en pago, cuando éstas supongan la pérdida de la vivienda habitual, o cuanto menos declarar sustituto del contribuyente al que adquiera la vivienda habitual mediante subasta o mediante la dación, y establecer la cautela de que el sustituto no pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas (impedir la acción de regreso). La exigencia de este impuesto municipal no hace sino agravar la situación de quien habiendo perdido su trabajo y con una insolvencia sobrevenida pierde su vivienda habitual y además tiene que pagar este impuesto local.

Esta previsión se contiene en el Real Decreto-Ley 6/2012, con ocasión de la dación en pago de una vivienda efectuada en el marco de ese Real Decreto, pero se deja fuera las daciones efectuadas al margen del mismo (por ejemplo, porque la entidad financiera no se haya adherido al Código de Buenas Prácticas, concurriendo las mismas condiciones, y, por supuesto, a las ejecuciones hipotecarias.

²³ Arts. 104 a 110 TR de la LRHL.

La consideración como sujeto pasivo sustituto del contribuyente a la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, debería extenderse, también, a las daciones en pago efectuadas al margen de ese Real Decreto-Ley y a las ejecuciones hipotecarias. Lo contrario, conduciría a soluciones injustas. Con ello, se evitaría que el Banco pudiera añadir un concepto más a la cantidad adeudada por el sujeto.

Otro de los tributos implicados en las ejecuciones hipotecarias y en las daciones en pago es el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En este impuesto se grava, entre otros, la transmisión inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integran el patrimonio de las personas físicas o jurídicas, operaciones realizadas al margen de tráfico mercantil²⁴. Además, el sujeto en el momento de constituir el derecho real de hipoteca ya abonó este impuesto y, en su caso, en el momento de la ampliación. Se encuadraría en este presupuesto de hecho la transmisión efectuada en el marco de una ejecución hipotecaria.

De modo específico, se consideran transmisiones patrimoniales, las adjudicaciones en pago de deudas²⁵. Se encuadraría aquí los supuestos de entrega de vivienda mediante dación en pago y las adjudicaciones de los bienes al acreedor por el 60 por 100 de su valor de tasación en el caso de subasta sin postor.

Sujeto pasivo a título de contribuyente lo será el adquirente de los inmuebles²⁶. En este supuesto, la entidad financiera, más solvente que el deudor que pierde su vivienda.

Aquí se produce una diferencia de trato fiscal entre las transmisiones operadas en el marco de una ejecución hipotecaria y las operadas en la dación en pago, que beneficia a la primera respecto de la segunda. En la adjudicación mediante subasta, si ésta se ha hecho en calidad de ceder a tercero, y se efectúa la cesión, sólo se tributa una vez²⁷, mientras que si hay dación en pago y el acreedor transmite posteriormente, se tributan dos veces, una en el acreedor por la dación, y otra el adquirente, por la compra. En las subastas notariales, por el contrario, no es posible la cesión del remate a un tercero, son más económicas y rápidas. Así, las daciones tributan dos veces en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (TPO), mientras que en el caso de adjudicación por sentencia de remate a calidad de ceder a terceros lo hace una sola vez.

Otra cuestión a destacar es la referida a la base imponible de este impuesto, la cual está constituida por el valor real del bien transmitido; sólo serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca²⁸. La cuantificación del valor real no tiene por qué coincidir con el precio del bien y, de facto, en la mayor parte de los casos no lo hará.

En la adjudicación mediante subasta la base imponible es el precio del remate²⁹, sin que pueda haber comprobación de valores, mientras que sí puede haberla en la dación en pago³⁰. El Tribunal Supremo en sentencia de 3 de noviembre de 1997 anuló el art. 39 del RD 828/1995, de 29 de mayo, que aprobó el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que permitía a la Administración realizar comprobación de valores y liquidar por el valor complementario, en su caso.

En la dación en pago, la base imponible del impuesto será, en la situación actual, inferior al importe de la deuda que se cancela. Lo mismo, en las ejecuciones hipotecarias, perviviendo un crédito vivo.

²⁴ Art. 7.1.a) TR del ITPyAJD.

²⁵ Art. 7.2.a) TR del ITPyAJD.

²⁶ Art. 8 TR del ITPyAJD.

²⁷ Art. 20 RITP. Subastas a condición de ceder.

Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél.

²⁸ Art. 10 TR del ITPyAJD.

²⁹ Ha de tratarse de una subasta judicial, que reúna las condiciones de publicidad, libre concurrencia y transparencia (TEAC 24 de mayo de 1989).

³⁰ Art. 37.2 RITP.

Y, en la adjudicación al acreedor, en las subastas sin postor, en que se adjudica por el 60 por 100 del valor de tasación, la base imponible será inferior, perviviendo un saldo vivo mayor. A efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con relación a un mismo inmueble, se liquida por distinto valor, y dependiendo del modo de adquisición del mismo sus efectos solutorios son distintos. Luego, hay distintas mediciones del inmueble ante un mismo hecho que es la transmisión, dependiendo del marco jurídico de la operación.

En ambos casos, adjudicación en pago y de adjudicación por sentencia de remate, hay que tener en cuenta que en su día el comprador hoy deudor insolvente pagó o bien el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente y Actos Jurídicos Documentados (documentos notariales), del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales si adquirió a un empresario o profesional o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (Transmisiones Patrimoniales Onerosas) si compró a un particular, más el tributo correspondiente por la constitución o subrogación en el crédito hipotecario (lo habitual es que se subrogara en el crédito del promotor).

En el momento de la dación en pago, la entidad financiera acreedora tributa por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas, aproximadamente al 8 por 100, dependerá de cada Comunidad Autónoma. También, tributa el transmitente por el Impuesto sobre Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana. Cuando el banco venda la vivienda el adquirente volverá a tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (TPO) y el vendedor por el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Por lo que respecta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en caso de dación en pago el deudor tributa, en su caso, por el incremento patrimonial puesto de manifiesto con ocasión de la transmisión. Además, las deudas del transmitente incluidos los intereses de demora devengados y costas judiciales acumuladas incurridas durante el litigio previo a la dación no son deducibles en la valoración real del inmueble dacionado. Está prevista la exención de este incremento para las daciones en pago realizadas en el marco del Real Decreto-Ley 6/2012, sin embargo, sería deseable su extensión a todas las daciones en pago, incluso las efectuadas en favor de un acreedor distinto a una entidad financiera.

La posible ganancia patrimonial generada será el resultado de sustraer al valor de transmisión (importe del crédito que se adeuda) el valor de adquisición (precio de adquisición). La ganancia tributará al 21 por 100 para los primeros 6.000€, 25 por 100 entre 6.000,01€ y 24.000€ y 27 por 100 a partir de 24.000,01 en adelante³¹. Se podrá exonerar de esta tributación si reinvierte la cantidad obtenida en la transmisión en la adquisición de una nueva vivienda habitual³². Esto es, si reinvierte una cantidad similar al crédito que se cancela en la adquisición de otra vivienda. Se antoja difícil que si pierde su vivienda por no pagar el crédito, esto es, si padece una situación de insolvencia, que pueda disponer de esa liquidez o que se le conceda un préstamo para ello.

Si hablamos de ejecuciones hipotecarias, la posible variación patrimonial viene dada por la diferencia entre el valor de transmisión, que será el precio de remate, y el valor de adquisición.

Si de la transmisión resulta una disminución patrimonial y el resultado de la integración y compensación de rentas en la base imponible del ahorro arroja saldo negativo, su importe sólo se podrá compensar con el positivo que se ponga de manifiesto durante los cuatro años siguientes³³.

Para el acreedor, la variación patrimonial deriva de la diferencia entre el valor de mercado/comprobado de los bienes dados en pago, en el momento de la dación, y el importe del crédito que se cancela.

Otra de las cautelas fiscales a tener en cuenta es la representada por el incumplimiento de los requisitos de mantenimiento para poder beneficiarse de la deducción fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por adquisición de vivienda habitual. Así, el art. 68.1 LIRPF exige para la aplicación de esta deducción a que el sujeto resida en ella durante un plazo continuado mínimo de 3

³¹ Aprobado por RD 20/2011, de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, con efectos desde 1 enero 2012.

³² Art. 38 LIRPF.

³³ Art. 49 LIRPF.

años. Si la pérdida de la vivienda se produce antes de que haya transcurrido ese plazo debe regularizar las cantidades deducidas, salvo que el cambio de residencia se deba al fallecimiento del contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas. Habría que entender incluida en esas otras circunstancias análogas la pérdida de vivienda por ejecución hipotecaria o dación en pago.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Con más de 400.000 ejecuciones hipotecarias hasta el momento, la situación es más que alarmante. Soluciones hay, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, pero se exige una respuesta pronta y eficaz antes de que afecte a más familias. Salidas negociadas, posibilidad de suspender la ejecución en tanto se resuelve sobre una posible cláusula abusiva, daciones en pago, alquileres sociales, etc. Todas ellas constituyen medidas más o menos satisfactorias para resolver esta situación.

No obstante, las daciones en pago, las ejecuciones hipotecarias, las quitas, ponen de manifiesto situaciones gravables por diversas figuras tributarias que vienen a agravar la situación, ya de por sí gravosa, de los deudores hipotecarios. Luego, resolver la situación de estas familias pasa también por tomar en consideración los aspectos fiscales implicados en la operación. Nos hallamos ante economías domésticas en situación de desempleo, en los que a la falta de ingresos y a la pérdida de vivienda se va a sumar una deuda con el Fisco por una ganancia patrimonial por la que no se ha producido ningún ingreso.

Comenzando por el Impuesto local sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que se exige al transmitente/deudor. Hay que liberar de la plusvalía a los desahuciados y a los que han dacionado su vivienda.

El modelo previsto en la Constitución de las Entidades Locales está basado en los principios de autonomía para la gestión de sus propios intereses (art. 137 CE) y en la suficiencia financiera (art. 142 CE) a través de tributos propios y de participación en los tributos del Estado. Para dar cumplimiento a esos principios el legislador, entre otras medidas, ha atribuido a las Corporaciones Locales determinadas facultades normativas, a través de las correspondientes ordenanzas fiscales, en el ámbito de la tributación local. Es lo que se conoce como 'corresponsabilidad fiscal municipal' y que desde 2003 en el ámbito del impuesto citado se concreta, entre otras, en la posibilidad para los Ayuntamientos de fijar el tipo de gravamen, siempre que dicho tipo no exceda del 30 por ciento (art. 108 LHL).

Lo anterior, habilita la posibilidad a los Ayuntamientos de establecer tipos de gravamen 0 para las transmisiones que se realicen en el marco de una ejecución hipotecaria o una dación en pago, sin necesidad de invocar una reforma de la Ley reguladora de las Haciendas Locales que instaure una exención o una bonificación en estos casos. Con lo que, los Ayuntamientos tienen la posibilidad de no exigir este impuesto.

Diversas han sido las medidas a las que se ha recurrido, o están sobre la mesa o en el cajón, por parte de las Corporaciones Locales para no exigir este impuesto. Desde el establecimiento de subvenciones a las personas que han sido desahuciadas por ejecuciones hipotecarias –no sólo a las que se podían acoger a la dación en pago fijada en el Real Decreto-Ley 6/2012 para neutralizar el impuesto de plusvalía, el acuerdo por el que se ordena la suspensión del procedimiento de recaudación del impuesto en los casos de dación en pago y ejecuciones hipotecarias de la vivienda habitual

Son soluciones parcheadas, qué duda cabe que la solución ideal sería el establecimiento de la exención o, al menos, considerar sustituto del contribuyente a la persona o ente que adquiera el inmueble, sin limitarlo a las entidades financieras y sin posibilidad de acción de regreso, en aquellos supuestos en que el inmueble hipotecado fuera la vivienda habitual del contribuyente, que no hubiera otro inmueble libre de cargas en el patrimonio del deudor y no quedara un sobrante en el precio de remate, para el caso de las ejecuciones hipotecarias, para atender estos gastos tributarios. Esta solución es asumida por algunos Plenos que se plantean elevar al Gobierno de la Nación la modificación de la Ley 2/2004, reguladora de las Haciendas Locales en este sentido.

Habría que proceder igual en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con la transmisión operada con la dación en pago o con la ejecución hipotecaria. Realmente, qué capacidad económica demuestra quien pierde su vivienda mediante ejecución forzosa o se ve obligada a dar su vivienda para cancelar su deuda. Habría que operar de modo similar al del Real Decreto-Ley 6/2012, pero haciendo extensible la exención a todos estos supuestos. Y aun más, exonerar de la obligación de regularizar aquellas ventajas fiscales condicionadas al mantenimiento de la vivienda en el patrimonio del deudor, frente a aquellos sujetos investidos de solvencia que conservan su vivienda y se benefician de los incentivos fiscales establecidos.

Muchos son los puntos que hay que resolver, pero se debe andar en este sentido. No se debe olvidar que el art. 47 CE dispone: ‘Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...’. Función promocional que se encomienda a los poderes públicos, como un deber y no con carácter potestativo.