

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**FIGURAS SUSTITUTIVAS DEL PAGO DEL CRÉDITO,
ANTECEDENTES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL DERECHO
ACTUAL: LA APOTIMEMA, LA DATIO IN SOLUTUM, Y LA
DACIÓN EN PAGO**

**SUBSTITUTE FIGURES OF THE PAYMENT OF THE CREDIT
ANTECEDENTS AND THEIR CONSIDERATION IN THE
PRESENT LAW: THE APOTIMEMA, DATIO IN SOLUTUM,
AND THE DATION IN PAYMENT**

**Luis Mariano Robles Velasco
Profesor Titular de Derecho Romano
Universidad de Granada
lmrobles@ugr.es**

Parece que está de rabiosa actualidad, dada la existencia de un elevado número de ejecuciones hipotecarias, que el deudor

ante la imposibilidad de pagar su deuda, cuando esta está garantizada con garantía hipotecaria intente hacer frente a su insolvencia ofreciendo la entrega al acreedor (generalmente una *entidad financiera*) del inmueble que pudo adquirir precisamente a través de la concesión del préstamo hipotecario¹. Esto es lo que se ha dado a conocer como la *dación en pago*. Incluso, hay una fuerte presión de la opinión pública a favor que sea la propia Ley, la que posibilite al deudor librarse de la deuda financiera entregando su vivienda en pago².

I. LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.

Ya en anterior trabajo³ me ocupé de la posibilidad de la influencia de algunas figuras negociales conocidas en el "*Mare*

¹ SALAS CARCELLER, A. (coordinador), *EJECUCION HIPOTECARIA. SOLUCIÓN A TIEMPOS DE CONFLICTO*. Ed. Thompson Reuter (Aranzadi), BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel, (cap. II, "*Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y dación en pago*", p. 34), Navarra 2012, pp 813.

² *DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014. (Sección 5^a, Soluciones Extrajudiciales): ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *Soluciones extrajudiciales al sobreendeudamiento familiar*, pp. 683 ss.

³ Comunicación presentada en el IX CONGRESO INTERNACIONAL Y XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO: "*EL DERECHO COMERCIAL DE ROMA AL DERECHO MODERNO*". UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 1, 2, y 3 de Febrero de 2.006 y publicado en "*EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO*

Nostrum” procedentes del derecho griego antiguo que pudieran tener cierta influencia posterior en el Derecho Romano⁴. Ya entonces, me preguntaba: ¿Es posible que tales figuras tuvieran repercusión siglos después en el Derecho romano?

Desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la correlación e influencia de ciertos principios, como el *principio de la anepafia (anepafia)* y de ciertas formas de garantías antiguas⁵ de las que brevemente, haremos referencia.

MODERNO”, Capítulo titulado: “*La práctica comercial marítima y su influencia en las formas de garantía*”, del Vol., II. UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, Servicio de Publicaciones, ISBN 978-84-96718-68-5. Pp. 795 – 806.

⁴ En cuanto que hacía referencia a la cuestión de la posible influencia de algunas formas negociales del derecho ático (y en zonas de influencia griega como ciertas colonias griegas) en el derecho romano posterior. ROBLES VELASCO, LM., “EL COMERCIO MARÍTIMO Y SU INFLUENCIA EN LAS FORMAS DE GARANTÍA”. Publicado en la Revista “*Novos Estudos Jurídicos*”, revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI UNIVERSIDADE DO VALE ITAJI - ITAJAI (SANTA CATARINA) BRASIL - VOL. XI, número 2, JUL-DEZ 2006, pp. 375-384, ISSN 1413-2117. Revista indexada nº CSA Social Science Collection. San Diego- USA).

⁵BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano”, *TDR*, Barcelona 1997, p. 68, n. 6.

Ya BISCARDI⁶, consideraba que las dos formas más antiguas de garantías reales en el antiguo derecho griego fueron el *enechyron* (*enechyron*) y la llamada *praxis epi lysei* (*praxis epi lysei*)⁷, a las que se les puede añadir algunas más, como la *pepramena* (*pepramena*), la denominada *hypothêkê* (*hypotheke*), y especialmente la *apotimema* (*apotimema*), que es la que más similitud guarda con la dación en pago.

1. El *enechyron* (*enechyron*).

1. El llamado *enechyron* (*enechyron*), consistía en una figura de garantía en la cual se producía la *entrega efectiva de la posesión*

⁶BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pp. 219.

BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua 1931, (reimp. Milano, 1976). BISCARDI, "La Lex Commisoria nel sistema delle garanzie reali", *Studi Betti*, 2, pp. 575 ss.

BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, pp. 58 ss.

BISCARDI, "Ancora in tema di colisiones", *SDHI*, 4 (1938); *ZSS*, 86 (1969), pp. 146 ss.

BISCARDI, "Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätischen Recht", *ZSS* 86 (1969), pp. 146 ss.

BISCARDI, "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP*, 19 (1983), pp. 41 ss.

⁷BISCARDI, "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et...", op. Cit. pp. 41 ss.

BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", *TDR*, (1987), p. 65.

al acreedor, pudiendo esta recaer sobre todo tipo de bienes, sin una precisa diferenciación entre cosas muebles e inmuebles objeto de la garantía, considerándose en algunos aspectos similar a la figura del *pignus datum* romano.

2. La *praxis epi lysei* (*praxis epi lysei*).

En la *praxis epi lysei* (*praxis epi lysei*), el propio acreedor se convertía en propietario de la cosa ofrecida en garantía, al menos hasta que se produjera el pago por parte del deudor, lo que significaba según Arangio Ruiz⁸, que el acreedor se convertía en dueño exclusivo desde el día del contrato, dejando al deudor el goce en precario, figura con ciertas similitudes con la *fiducia* romana.

3. La *pepramena* (*pepramena*).

En la *pepramena* (*pepramena*) según afirma Biscardi⁹, algunas fuentes áticas recogen casos de mantenimiento de la posesión por el acreedor, aún cuando dicho acreedor hubiera sido pagado al vencimiento de la deuda, pero aun restaran otras deudas por pagar (idea que manifiesta similitudes con el *pignus gordianus*¹⁰). Ello producía un efecto de *continuidad*

⁸ARANGIO RUIZ, *Arch. giur.*, IV, 23 (1932).

⁹BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la..." op. Cit. p. 66.

¹⁰ *IUS RETENTIONIS* (*Pignus gordianus*). Una constitución del emperador Gordiano en el año 239 d.C., concedía a quien tenía varios créditos contra una misma persona, los cuales unos estaban garantizados con prenda y

posesoria, similar a la que se producía cuando el acreedor convertido en adquirente continuaba con la propiedad de la cosa en la *praxis epi lysei* (*praxis epi lysei*). Tal situación de “continuidad posesoria” recibía el nombre de *pepramena* (*pepramena*).

Sin embargo no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía, la entrega de la posesión en el *enechyron* (*enechyron*) y la retención de la propiedad por parte del acreedor en la *praxis epi lysei* (*praxis epi lysei*), estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore*¹¹ y el *pignus conventum*¹². Se hizo necesario algo más evolucionado y esto llegó con la *hypothêkê* (*hypotheke*).

4. La *hypothêkê* (*hypotheke*).

otros no, que mientras no se pague incluso los créditos no garantizados con la prenda que pudiera retener la cosa entregada en prenda, incluso aunque la prenda haya sido pagada, hasta que satisfaga todos los créditos. ROBLES VELASCO, LM., “Derecho Romano para alumnos de Grado”, Granada 2013, Pág. 183. Vid. Idem. -“UNIDADES DIDÁCTICAS DE DERECHO ROMANO PRIVADO”, EDITORIAL: Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 332.

¹¹KRELLER, “Formula fiduciae und Pfandedikt”, ZSS, 62 (1942), p. 143. Sobre la misma cuestión, vid. LONGO, “Fiducia cum creditore”, *Centen. Codificaz.*, (Pavia), p. 795. BELLOCCI, “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, *Studi Senesi*, 85 (1973), p. 321.

¹²ARIAS RAMOS, “La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana”, *RDP*, 313 (1943), pp. 213-223.

Algunos discursos de oradores y fuentes literarias, aluden a una forma de garantía, la posesión del bien en garantía, pero que facultaba al acreedor para que llegado el momento del vencimiento, si el deudor no pagaba le facultaba al acreedor para tomar posesión de aquellos bienes que habían quedado sujetos o asignados en garantía. Figura a la cual le llaman *hypothêkê* (*hypotheke*).

La *hypothêkê* (*hypotheke*) en origen, más que un nuevo tipo de garantía, es simplemente un pacto añadido, que permitía al deudor a mantener sobre dichos bienes una cierta posesión y facultando al acreedor a volver a obtener la posesión, en caso de impago del crédito, al menos hasta que el deudor no pague. Esto no era identificable con una *datio in solutum* plenamente solutoria, sino más bien una especie de moratoria con retención de la posesión por el acreedor. Una especie de *pignus* forzoso y continuado, al menos hasta que el deudor le pague la deuda.

5. La *apotimema* (*apotimema*).

Según Paoli¹³, bajo el nombre de *apotimema* (*apotimema*), se podían configurar una institución que con algunas variantes se podía considerar como similar a una *datio in solutum*, como una forma de pago.

¹³PAOLI, "Sul diritto pignoratizio attico", ASDGR, (1976), p. 396.

La *apotimèma* (*apotimema*) en realidad era un pacto añadido y predeterminado que podía incluir una eventual *Datio in solutum* llegado el caso. Este convenio de garantía, que iba acompañada de un efectivo desplazamiento de la posesión (al modo de un *pignus possessionis romano*). Era una forma de prenda en la cual al vencimiento de la obligación, si el deudor no paga, transformaba la posesión del acreedor en propiedad.

La *apotimèma* (*apotimema*), este convenio conllevaba una cierta publicidad, porque en lugar del desplazamiento efectivo de la posesión, se hacía patente un desplazamiento ficticio mediante la inscripción en los *horoi*.

Paoli¹⁴, considera que posiblemente la modalidad que seguramente se daría en la realidad sería la *apotimèma* (*apotimema*) como equivalente a una *datio in solutum*, lo que tenía su reflejo publicitario en las lápidas insertas en las fincas u *horoi* (*horoi*), de las que se tienen ejemplos documentados y justifican el hecho de que las fuentes aludan a estas garantías hipotecarias con términos que indican posesión.

II. LA DATIO IN SOLUTUM EN DERECHO ROMANO¹⁵.

¹⁴PAOLI, "La datio in solutum nel diritto attico...", Op.cit. p. 396.

¹⁵ Siguiendo a BLANCH NOUGUÉS, cuando el deudor no podía llevar a cabo el cumplimiento exacto de su obligación mediante el pago o *solutio*, recurría a la *datio in solutum* como modo de remediar su insolvencia. Llegado a este punto, el deudor, ofertaba una *satisfactio* al acreedor

1. Origen de la *datio in solutum*.

Prescindiendo de antecedentes más remotos ya referidos, el origen de la *datio in solutum*, como forma de extinción de las obligaciones, se puede situar en la sociedad romana rural y republicana, un mundo fundamentalmente agrario en el que los campesinos estaban obligados a veces, a hacer frente a sus deudas pecuniarias mediante entregas de trigo.

Las fuentes refieren los primeros casos documentados de *datio in solutum* en época de la República¹⁶. MELILLO¹⁷ sitúa así el origen de la *datio in solutum*¹⁸ o el cambio de una prestación

ofreciéndole la entrega de otra cosa al modo de prestación sustitutoria (*datio in solutum*), lo que había de ser necesariamente aceptado por éste. BLANCH NOUGUÉS, J. M., Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano. (RI §408465), *Iustel (Revista General de derecho Romano)*, N.º 13, DICIEMBRE 2009.

¹⁶ Siendo razonable pensar que este modo de extinción de las obligaciones sería ampliamente utilizado por los romanos en sus usos y costumbres. Según Blanch Nougés, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, nota 3.

¹⁷ MELILLO, G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, p. 136 ss.

¹⁸ Siguiendo a Blanch Nougés, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, nota

4

por otra en las relaciones obligatorias (*“aliud pro alio”*) en época republicana, y así hace referencia a supuestos del mismo en *Cato*¹⁹, en la *Lex de Gallia Cisalpina*²⁰ y en la *Tabula Heracleensis*²¹. SACCOCCIO²² reconoce que el *aliud pro alio* debió estar muy generalizado en esta época, como lo prueba Tito Livio²³, el cual refiere un préstamo solicitado a los ciudadanos romanos por el Senado en el 210 a.C., para sufragar el coste de los daños producidos por Aníbal en la segunda guerra púnica:

*“El préstamo debía devolverse en tres plazos, y sucedió que no hubo problemas respecto a los dos primeros, mientras que en el tercero surgieron dificultades financieras que determinaron la imposibilidad de hacer frente al pago del mismo*²⁴.

Fue entonces cuando el Senado, ante las protestas de grupos de ciudadanos que reclamaban la devolución de sus créditos, ofreció en

¹⁹ CATO, *de agric.* 146,2, (III-II a.C.).

²⁰ *neque id solvet satisve faciet...*; 21,14-19 (s. I a.C.).

²¹ ...*non solverit neque satisfecerit...*; 40-45 (s. I a.C.). SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* *cit.*, p.16 ss., ha criticado recientemente estos postulados y no cree que estas fuentes estuviesen estableciendo realmente supuestos de *aliud pro alio*.

²² SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* *cit.*, p.16 ss.

²³ Tito Livio, 26, 35,1-4.

²⁴ Tito Livio, 29,16,1-3.

pago la entrega de fincas situadas en las cercanías de Roma, lo cual fue gustosamente aceptado por dichos ciudadanos descontentos²⁵”.

Otra cosa es el tratamiento doctrinal de la *datio in solutum* por la jurisprudencia romana como forma de extinción de las obligaciones. Así STEINER²⁶, que reflexiona sobre el origen de la *datio in solutum*, considera que el tratamiento jurisprudencial de la *datio in solutum* aparece en época tardía en el Ordenamiento jurídico romano ya que en una primera época, carecía de regulación.

MELILLO²⁷ considera que dicha labor sistemática no pudo ocurrir por tanto hasta los primeros siglos del Principado,

²⁵ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio... cit.*, p. 20 ss.; *Finanze e debito pubblico nel III a. C.: i c.d. trientabula*, INDEX, 32, Napoli, 2004, p. 319 s.

²⁶ “en cuanto que la *solutio* no era otra cosa que una posibilidad de liberación de la responsabilidad del deudor mediante el pago de una suma de dinero, cualquiera que fuese el objeto de la obligación”. Solo cuando se distingue entre deber y responsabilidad (*Schuld y Haftung*), entre deuda y responsabilidad o la garantía para hacer frente al pago de esa deuda, es cuando se puede hablar de la *datio in solutum* como institución autónoma; hasta ese momento, la *solutio* se habría limitado exclusivamente al *eius quod debetur*, esto es al exacto cumplimiento de la obligación; lo que explica que los Proculyanos, por ejemplo, dudaran en reconocer un efecto extintivo *ipso iure* a la *datio in solutum*. STEINER, H., *Datio in solutum*, cit., p. 45 ss. y 77 ss. (cit., SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio... cit.*, p. 12).

²⁷ MELILLO, G., *In solutum dare... cit.*, p. 143 ss.

en cuanto que la *dación en pago* era considerada como una práctica habitual entre las clases humildes (los *humiliores*) de Roma pero no entre la *nobilitas et honestiores*, que como es sabido era la extracción social de dicha jurisprudencia. A este respecto BETTI²⁸, reconstruyó la evolución jurídica de la *datio in solutum* a lo largo de tres fases de la Historia del Derecho Romano:

a. En la época arcaica, se conceptúa como un acto que procura la *satisfactio* del acreedor ante la imposibilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación.

b. En la época clásica la *datio in solutum* era concebida como una subrogación pactada del cumplimiento en vez del pago debido (*solutio eius quod debetur*).

c. Y en la época postclásica la *datio in solutum* aparece como un pacto de subrogación consensual pero dotada de efectos obligatorios y enmarcada dentro de los negocios bilaterales de carácter oneroso (como la venta, permuta, o la prenda) que generaba una *actio empti utilis* en caso de evicción.

Llegado a este punto, se haría necesario distinguir entre la *datio in solutum voluntaria* y la llamada *datio in solutum necessaria* que es la que tiene lugar cuando la ley “*obliga*” al acreedor a

²⁸ BETTI, E., *Appunti di teoria dell'obbligazione*, Roma, 1958, p. 314 ss.; *Istituzioni di diritto romano*, II,1, Padova, 1962, p. 464 ss. (cit., SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* cit., p. 65-66), BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre *datio in solutum...* *Op. Cit.*, p. 8.

aceptar la prestación sustitutoria ofrecida por el deudor. Como indicamos anteriormente²⁹, es la *datio in solutum* pactada y voluntaria, la que aparece en las fuentes clásicas debido a la necesidad del consentimiento por parte del acreedor para que la *datio* surta efecto. En sede negocial, está claro que la procedente hasta este momento es la *datio in solutum* voluntaria³⁰, en cuanto que es la surge mediante el pacto por el que se entrega una *res*, a cambio de la *satisfactio* del crédito previo (*datio in solutum* o *pro pecunia*) con eficacia liberatoria *solvendi causa*.

²⁹ BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, nota 8.

³⁰ Entre la extensa bibliografía que recoge Blanch Nougés, se puede citar: SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, p. 128 ss. STEINER, H., *Datio in solutum*, München, 1914, p. 120 ss.; SOLAZZI, S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I², Napoli, 1935, p. 154 ss.; ASTUTI, G., s.v. *Dazione in pagamento (storia)*, ED., 11, Varese, 1962, p. 727 ss. (p.728); TALAMANCA, M., s.v., *Delegazione (dir. rom.)*, ED., 11, Varese, 1962, p. 923 ss.; CERAMI, P., D. 39,5,21,1 (*Cels. 28 dig.*) (*Una controversa testimonianza celsina in tema di "delegatio promittendi donationis causa"*), SDHI, 44, Roma, 1978, p. 185 ss., nt. 105; THIELMANN, G., *Schenkung durch Delegation, Sodalitas*, Scritti in onore di A. Guarino, V, Napoli, 1984, p. 2310. SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971, p. 216.

En la doctrina española, véanse las aportaciones de LÓPEZ-BARAJAS MIRA, M.R., *Sobre delegación y novación*, Labeo, 46, Napoli, 2000, p. 218 ss., y de ALONSO, J.L., *Estudios sobre la delegación, I, La doble atribución patrimonial (Segunda parte)*, Santiago de Compostela, 2001, p. 264 ss.

2. La *Datio in solutum* en la época clásica y post-clásica.

Un texto de Ulpiano, recogido en D. 13,7,24 pr., reconoce una *actio utilis ex empto* para el caso de evicción de la cosa dada *pro soluto*, asimilando la *datio in solutum* a un contrato sinalagmático de compraventa:

D. 13,7,24 pr., Ulp., 30 ed.: *Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum immo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur*³¹.

En este caso, Ulpiano da respuesta a la cuestión planteada si en caso de cesión de la cosa dada *in solutum*, si procede una acción *contrariam pigneraticiam*, o una *actio utilis ex empto* para

³¹ D. 13, 7,24 pr.: *Si un acreedor hubiese alcanzado del César la concesión de la posesión definitiva de la prenda, y ésta fue objeto de evicción, se me planteó elegantemente la cuestión de si tendrá la acción pignoraticia contraria. Y parece que se extinguió la prenda y se resolvió el contrato; es más, se proporcionó al acreedor una acción de compra, como si la cosa le hubiese sido dada a causa de pago, con el fin de que se le satisfaga la cantidad de la deuda o el interés que tiene, y pueda el acreedor hacer la compensación si se le demanda con la acción pignoraticia o por otra causa. GARCIA DEL CORRAL, Cuerpo del Derecho Civil Romano, tomo I, p. 752.*

reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por la evicción, inclinándose por proporcionar al acreedor una acción típicamente de compraventa, como si de ésta se tratara³².

Y en C. 8, 44,4:

*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*³³.

Se trata aquí de una constitución del emperador Antonino Caracalla, donde claramente establece una asimilación entre la *datio in solutum* y la compraventa, hasta el punto que en caso de evicción atribuye una *acción útil* contra el deudor-vendedor.

³² Se trata de un fragmento que en realidad ha dado lugar a muy diversas interpretaciones y que, en cualquier caso, se ha considerado en mayor o menor medida interpolado por la doctrina romanística en general como Indica Blanch Nougues, siguiendo a Nardi. E., *Radiografia dell'aliud pro alio...* cit., p. 115 ss.

³³ C. 8,44,4: *Si el predio que se te dio en pago había estado obligado a otros acreedores, no se alteró la causa de la prenda. Así pues, si con arreglo a derecho se hubiere hecho evicción de la misma, te compete la acción útil contra el deudor. Porque un contrato de tal naturaleza hace las veces de venta.* . GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, tomo V, Código*, p. 377.

Nuestra jurisprudencia más reciente no es ajena a esta concepción, que ya elaboraron los juristas romanos, equiparando a la dación en pago a la compraventa³⁴.

Es de destacar que el empleo de la expresión “*datio in solutum*” no aparece en realidad en las fuentes romanas³⁵, sino que surge con posterioridad siendo un producto de la tradición jurídica romanista³⁶. Lo cierto es que las fuentes utilizan el término “*solvere*”, o “*solutio*” para referirse al cumplimiento exacto de la prestación por el deudor (y a veces para cualquier

³⁴ SSTs de 8 de noviembre de 1966, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992. Vid., también la RDGRN de 20 de septiembre de 1933.

³⁵ BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, p. 5, que en las fuentes no aparece la expresión “*datio in solutum*” sino otras como las de *in solutum dare* 12, *in solutum suscipere* 13, *aliud pro alio (consentiente creditore)olvere* 14, *rem pro reolvere* 15, *pro eo quod debeo aliquidolvere* 16, *rem pro pecuniaolvere* 17, *pro soluto rem dare* 18, *pro debitoolvere (dare)*.

³⁶ MELILLO, G., *In solutum dare...* cit., p. 134-135, advirtió que la expresión *datio in solutum* no aparece ni en el Digesto ni en otros escritos jurisprudenciales y que es muy limitado el uso de *datio* entre la jurisprudencia clásica. Por el contrario, señala que el cambio convencional del objeto obligado es referido a través de locuciones como “*aliud commutare*”, o “*aliud pro alio permutare*” o “*in quantitatem debiti satisfacere*”. Cit. BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, nota 11.

otra forma de liberación del deudor)³⁷ y en cambio “*satisfactio*” en un sentido más amplio de extinción de la obligación.

3. La *datio in solutum* en el derecho Justiniano.

En el derecho justiniano, la regulación de *datio in solutum* aparece en su modalidad *necessaria*, de la que tenemos varios ejemplos. Así Justiniano en Nov. 4,3 (a. 535):

*Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia: damus creditori licentiam volenti immobiles res accipere pro auro*³⁸.

³⁷ MELILLO, G., *In solutum dare...* cit., p. 1 ss. Cit. por Nougues, op. Cit. p. 7.

³⁸ Novela 4,3: *Más aquello con que por lo demás se auxilia á los cuidados humanos, aunque acaso no sea grato para algunos acreedores, es, no obstante, sancionado por nosotros por razón de clemencia. Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamando de todos modo dinero, pero aquel no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera ningunos bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero.* GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 6, Novelas, Constituciones, p. 25.

Esta Constitución imperial del año 535, permitía que los acreedores pudieran recibir mediante dación en pago, bienes inmuebles del deudor cuando éste no disponía de dinero ni de otros bienes muebles y hubiere intentado inútilmente vender aquellos inmuebles.

Dicho precepto se enmarca en la crisis económica en la que se encontraba el Imperio bizantino por aquellas fechas. Asimismo, Justiniano también reguló otro caso de *datio in solutum necessaria* en Nov. 120, 6,2 (ann. 544) a favor de las *venerabiles domus*, es decir, de los establecimientos cristianos de beneficencia y caridad:

Hoc etiam super ipis venerabilibus domibus defirmire praevidimus, ut, si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus, sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari rem immobilem creditori, ut eius, fructus colligens, reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis, quam in usuris non amplius quarta parte centesimae³⁹.

³⁹ Novela 120,6, 2: Y también .hemos considerado. conveniente determinar esto sobre las mismas venerables casas, que, si algunas de ellas se obligaran por deudas o por las contribuciones públicas, o por otra causa necesaria de la misma casa, y no es **posible que dichas deudas sean pagadas con los bienes muebles, se le dé ciertamente en primer lugar al acreedor una cosa inmueble en prenda especial**, para que percibiendo los frutos de ella se los aplique tanto para las mismas cantidades recibidas en mutuo y debidas, como para los intereses, no mayores de la cuarta parte

Estos establecimientos cristianos, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas o contribuciones fiscales, y no pudiendo entregar bienes muebles para ello, se permitía la entrega al acreedor de inmuebles, al modo de una enfiteusis (*quae in emphyteusin datur*) con rebaja de una sexta parte (*relevationem sexta parte reditus*) para que percibiendo los frutos se los aplique a las cantidades recibidas en mutuo con intereses, los cuales no pueden ser mayores de la cuarta parte del uno por ciento mensual (3% anual) de tal modo que el pago *debía ser aceptado* por sus acreedores.

Es de destacar que DÍAZ BAUTISTA⁴⁰, nuestro querido y añorado D. Antonio, en relación a la *datio in solutum necessaria*⁴¹

del uno por ciento mensual. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 6, Novelas, Constituciones, p. 413.

⁴⁰ DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *Estudios sobre la Banca Bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, p. 160 ss: n. 25 *vid supra*, cap II, &13: “la respuesta de Justiniano a la petición de los banqueros aparece recogida en la Novela 136, 3 y no solo acoge la solicitud de aquellos, sino que según se afirma “aun mas de lo que pidieron” puesto que se les conceden derechos preferentes sobre las cosas compradas con su dinero... Estos derechos preferentes podían operar sin necesidad de probar el impago de la deuda por parte de los prestatarios...”

⁴¹ La *dación en pago necesaria* ha tenido una notable importancia a lo largo del Derecho común europeo hasta que los principios liberales que inspiraron la codificación del siglo XIX determinaron su arrinconamiento o casi desaparición de las legislaciones europeas, salvo excepciones, si bien, hoy en día sigue vigente en diversas legislaciones de países

en el campo de los negocios de los banqueros⁴² en tiempos de Justiniano, reconoce que: “en la Novela 136 ,3 se había establecido una subrogación real a favor de los banqueros que podían reivindicar los bienes adquiridos por sus deudores con dinero procedente de mutuos concedidos por aquellos e impagados”:

Atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dederint, et ex nummis creditis res acquisita sit, omnium se in ipsa re praecipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plane probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debitores pecunia satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum empta eis addicatur, quasi revera ab illis empta, sola vero emptoris appellatio interposita esset⁴³.

iberoamericanos. BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, p. 5.

⁴² Novella CXXXVI “De Argentariorum contractibus”.

⁴³ Novela 136, 3: Y ciertamente no parece que dijeron sin razón, que si a alguien le prestaran o antes le hubieren prestado dinero para comprar algunos bienes muebles ó inmuebles, y le hubieren dado cantidad cierta, y con el dinero prestado hubiera sido adquirida la cosa, deberían tener ellos contra todos derechos preferentes sobre la misma cosa, y no sufrir perjuicio alguno, pero que si claramente probaran que la cosa fue comprada con dinero de ellos, y que los deudores no podían satisfacerles el dinero, se les adjudicara la misma cosa comprada con el dinero de ellos, como si en realidad la cosa hubiese sido comprada por ellos, y se hubiese interpuesto solamente el nombre del

Nos aclara DÍAZ BAUTISTA⁴⁴ que “este importante privilegio, pese a que atribuía a los banqueros una propiedad sobre los bienes, debía actuar en la práctica como un “*pignus*” con pacto comisorio sobre bienes singulares. Si lo que establecía era una verdadera reivindicación, es evidente que operaría también frente a terceros adquirentes incluso de buena fe”.

Esto resolvería el problema en la *datio necessaria* de qué hacer con los terceros adquirentes y con las cargas posteriores al propio gravamen que graviten sobre los bienes objeto de la garantía, verdadero caballo de Troya, en la doctrina y legislación actuales.

En este sentido, en base al Código de Justiniano [C.8, 34 (33), 3]⁴⁵, podemos ver cómo se prevé la posibilidad de una

comprador. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 6, *Novelas, Constituciones*, p.481.

⁴⁴ DÍAZ BAUTISTA, Adolfo, *Estudios sobre la Banca Bizantina...*Op. Cit, p. 160.

⁴⁵ C. 8.34 (33).3: «tenga el deudor, por consideraciones de compasión, humanitaria acción sobre su propia cosa dentro del término de dos años, contaderos desde el día de la sacra resolución [por la que se le adjudica al acreedor en dominio la prenda], y séale lícito ofrecer al acreedor, que ya fue hecho dueño, la deuda con los intereses y los perjuicios causados por su falta al acreedor, cuya cuantía debe manifestar bajo juramento el acreedor, y recuperar su prenda. Más si hubieren transcurrido los dos años, tenga el acreedor y también dueño plenísimamente la cosa ya hecha suya irrevocablemente.

Mas si verdaderamente se hallara que importa menos la prenda y más la deuda, tenga el acreedor íntegra toda su acción respecto a lo que se conoce que importa

adjudicación del dominio al acreedor de la prenda, pero concediéndole al deudor por consideraciones humanitarias una adjudicación temporal al acreedor, ofreciéndole a éste el dominio de la cosa por la deuda con los intereses y los daños y perjuicios. Una vez transcurridos los dos años, la cosa quedaría irrevocablemente en poder del acreedor como dueño. En el caso que el acreedor le interesara más el pago de su crédito que la entrega de la cosa, conservaría su acción por la prenda. El deudor conservaría el derecho al excedente, teniendo derecho a caución por el importe del sobrante.

más su crédito. Pero si por una y otra parte se hallara igual la cantidad, retenga sin ninguna duda toda la cosa antes empeñada. Y si verdaderamente importara menos la deuda y más la prenda, en este caso se le reservarán por nuestra ley al deudor íntegros todos los derechos sobre lo que excede de la deuda, no quedando ciertamente obligado a los acreedores del prestamista, sino reservado para otros acreedores del deudor o para el mismo deudor. Y para que por virtud de la comunidad no resulte alguna dificultad, se le dará licencia al acreedor o al dueño para ofrecerle al deudor o al acreedor del deudor, con la competente caución que respecto a él se debe prestar, el importe de lo sobrante.

*Mas si después que **con derecho de dominio poseyera el acreedor la cosa hubiere querido venderla**, séale ciertamente lícito hacerlo, pero reservándole al deudor el sobrante que hubiera. Pero si hubiere surgido duda respecto a la venta, como por haber sido hecha por más bajo precio, sea compelido el acreedor a prestar juramento de que no empleó ningún ardid o engaño, sino **que vendió la cosa por tanto en cuanto pudo ser vendida**; y devuélvase solamente lo que en virtud del juramento se hubiere visto que sobraba. Más también si por el juramento se hallara que obtuvo menos el acreedor, tenga íntegra acción por lo restante”.*

III. LA DATIO IN SOLUTUM EN LA TRADICION JURIDICA ROMANISTA MEDIEVAL.

1. En la Glosa y Comentaristas.

SACCOCCIO señala que la Glosa acursiana utilizó expresiones tales como “*aliud pro alio solvere*”, “*dare in solutum*” o “*in solutum dare*”, pero no específicamente la de “*datio in solutum*”. No obstante, dicho autor⁴⁶, destaca que Acursio ya utilizó la expresión de “*datio in solutum*” en algunos casos aislados en los que “*mediante la aproximación hacia la compraventa, lo que parece tal vez indicar una mayor conceptualización de la institución*”.

Entre los comentaristas, mientras Bártolo de Sassoferrato (1314-1357+) no empleó aún, prácticamente, la frase “*datio in solutum*”, la misma aparece ya con otras expresiones análogas en los escritos de Baldo de Ubaldis (1327-1400) y en los de Giason del Maino (1435-1519), siendo ya habitual dicho empleo en las obras de juristas franceses del siglo XVI como Douaren (1509-1559) o Cuyacio (1522-1590) y, con carácter general, en la doctrina civilista europea de la Edad Moderna, según nos recuerda Blanch Nougés⁴⁷.

⁴⁶ SACCOCCIO, A., *Datio in solutum...* cit., p. 4897. Cit. por Nougés, op. Cit. p. 7.

⁴⁷ En este último sentido, se ha manifestado un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia italiana (SACCOCCIO, A., *L'evizione nella c.d. in*

2. En las Partidas.

Nuestro Rey sabio, D. Alfonso, en el siglo XIII, en *La Partida 5^a* se pueden encontrar trazas de *una entrega al acreedor*, previo conocimiento judicial de la estimación de suerte que prevalezca la estimación de la prenda, aunque la deuda sea mayor o menor⁴⁸.

solutum dal diritto romano all'art. 1197 CO. 2 CC. IT. 1942, en Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 2, Napoli, 2006, p. 269 ss. (p. 337 ss.)). BLANCH NOUGUÉS, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, p. 11.

⁴⁸ PEREZ VALLEJO, A.: "La Dación en pago (*Datio in solutum*), Antecedentes Históricos y su proyección actual frente al drama de los desahucios", FUNDAMENTA IVRIS, Anexo: Terminología, principios e interpretatio. De Roma a la Actualidad, Ed. Universidad de Almería, Almería 2013, pp. 52 ss. En su Posters-Comunicación, al referirse a las Siete Partidas (S.XIII, Alfonso X El sabio), en la Partida 5, Tit. 14, Ley 3 (¿?): "Pagamiento de las deudas deue ser fecha a aquellos que les han de recibir e deue se fazer de tales cosa como fueron puestas e prometidas en el pleito quando lo finieron, e non de otras, si non quisieren aquel a quien fazen la paga". "Perosi acaeciese, que el deudor non pudiese pagar aquellas cosas que prometería, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouiese fecha pleito de fazer alguna cosa, e non lo pudiese fazer en la menera que auia prometido, deue cumplir de otra guisa el pleito, según su aluedrio del judgador del lugar". La prestación debe de cumplirse tal como fue prometida, pero el deudor podrá cumplir con otra si el acreedor lo acepta o si no pudiendo pagar las cosas prometidas, el juez le autoriza la entrega de otras ».

PARTIDA 5ª, TÍTULO 14: “De las pagas y de los quitamientos y de los descuentos a los que dicen en latín “compensatio”, y de las deudas que se pagan a aquellos que no las deben haber.

Pagas y quitamientos son dos cosas que por cada una de ellas se desatan las promesas y los pleitos, y las posturas y las obligaciones de las fianzas y de los empeños.

Ley 1: Paga tanto quiere decir como pagamiento que es hecho a aquel que debe recibir alguna cosa, de manera que queda pagado de ella o de lo que le debían dar o hacer. Y quitamiento es cuando hacen pleito al deudor de nunca demandarle lo que él debía, y le quitan el deudo aquellos que lo pueden hacer.

Y tienen estas cosas gran provecho al deudor, porque cuando paga la deuda o le libran de ella, quedan libres él y sus fiadores, y los empeños y sus herederos, de la obligación en que eran obligados por lo que debían dar o hacer.

TÍTULO 15: De cómo tienen los deudores que desamparar sus bienes cuando no pueden pagar lo que deben, y de cómo debe ser revocado el enajenamiento que los deudores hacen maliciosamente de sus bienes.

Ley 1: Desamparar puede sus bienes todo hombre que es libre que estuviere en poder de sí mismo o de otro, no teniendo con qué pagar lo que debe, y débelo desamparar delante del juez. Y este desamparo puede hacer el deudor por sí o por su personero o por carta,

reconociendo las deudas que debe, o cuando fuere dada sentencia contra él y no antes, y si de otra manera los desamparase, no valdría el desamparo. Y débelos desamparar a aquellos a quienes debiere algo, diciendo como no tiene de que haga pagamiento; y entonces el juez debe tomar todos los bienes del deudor que desampara lo suyo por esta razón, sino los paños de lino que vistiere, y no le debe otra cosa ninguna dejar”.

IV. LA DATIO IN SOLUTUM EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ACTUAL.

1. La cuestión en la doctrina civilista.

La doctrina civilista actual⁴⁹ se ha manifestado en línea con la tradición jurídica europea de base romanista, de la asimilación de la dación en pago con un contrato de

⁴⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, Anuario de Derecho Civil, 10,3, julio-septiembre, Madrid, 1957, p. 753 ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias* (6), Madrid, 2008, p. 631 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La dación en pago*, en Extinción de las obligaciones, (dir., Ferrándiz Gabriel, J.R.), Madrid, 1996 p. 425 ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,- VALLADARES RASCÓN, E., *Comentario al art. 1166 del CC*. Comentarios al CC dirigidos por M. Albaladejo, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1991, p. 117 ss. SERRANO ALONSO, E., *Consideraciones sobre la dación en pago*, Revista de Derecho Privado, LXII, Madrid, 1978, p. 421. SERRANO CHAMORRO, M^a. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor (Navarra), 2006. En la doctrina francesa actual: BICHERON, F., *La datio en paiement*, Paris, 2006.

compraventa, siguiendo los antecedentes romanos y afirmando en general, la naturaleza contractual de la *datio in solutum*, a igual que ocurre con otros ordenamientos jurídicos en sintonía con nuestra legislación civil⁵⁰.

⁵⁰ En cuanto a la **legislación española** el CC español en este punto como en tantos otros sigue al Código Civil francés de 1804, no regulando una verdadera normativa sobre la dación en pago; así, el artículo 1166 del CC.: *“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”*. Simplemente se limita a admitir implícitamente la posibilidad de que el deudor se libere del cumplimiento de la obligación ofreciéndole al acreedor una prestación distinta siempre que éste acepte (también se alude a la dación en pago en los artículos 1521 (*“El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”*), 1636 (*“Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica. Esta disposición no es aplicable a las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública”*). Y finalmente en el 1849 del CC, en los dos primeros se la aproxima al contrato de compraventa y en el art. 1849 se trata de la *extinción de las fianzas en virtud del acuerdo de dación en pago*, lo que ha dado lugar, a su vez, a una larga discusión doctrinal sobre si dicho precepto significa una aceptación implícita del Código Civil de la teoría de la novación de la obligación). En el Derecho Foral vemos también como la Ley 495 del **Fuero Nuevo de Navarra** contiene una somera regulación de esta materia. Frente a ese tipo de regulación de los códigos latinos se encuentran el parágrafo 1414 del **A.B.G.B. austriaco** que configura la dación en pago como un negocio oneroso, o el **B.G.B. alemán** que regula

Ahora bien, dentro de esta figura contractual, la posiciones oscilan entre los que afirman el carácter novatorio del convenio entre acreedor y deudor dirigido al cambio del objeto de la obligación con el consiguiente efecto extintivo del mismo (SASTRE PAPIOL⁵¹), o los que defienden que más que una novación por cambio de objeto, lo que en realidad se produce es un pacto modificativo del objeto de la obligación que no da lugar a la extinción total de la misma, siendo una figura de naturaleza compleja (CASTAN TOBEÑAS⁵²).

Entre la más reciente, MARTÍN BRICEÑO⁵³ en RCDI en 2013, señala que *“la dación en pago ha reaparecido en la escena jurídica. Se ha tratado de recuperar como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras acreedoras”*.

Su finalidad en la actualidad, es la de paliar los graves efectos sociales derivados del crecimiento desmesurado de los procesos de ejecución hipotecaria, agudizados por la crisis, ante

la dación en pago en los párrafos 364 y 365 y, siguiendo a la pandectística alemana, viene a acercar su naturaleza al *contrato de compraventa*, en consonancia con la tradición jurídica romanística.

⁵¹ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona, 1990, p. 220.

⁵² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, III (7), Madrid, 1953, p. 257.

⁵³ MARTÍN BRICEÑO, M^a R., *“La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria”*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 735 (2013), págs. 359 a 388.

el impago de los préstamos hipotecarios. Ante una ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, se pensaba que el problema se solucionaba con la entrega de la vivienda al acreedor, lo que ocurre es que esto choca abiertamente con nuestra legislación que se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC)⁵⁴.

2. En la Jurisprudencia Civil.

Algunas sentencias⁵⁵ han dado pie a un fuerte debate sobre si la actuación prepotente del acreedor al ejercitar una doble acción personal y real reclamando el crédito hipotecario que en la mayoría de las veces excedía del valor obtenido por la vivienda, podía suponer un abuso de derecho, considerando que si el deudor debe de hacer frente a las consecuencias de sus compromisos, también las entidades financieras debieran asumir el riesgo derivado de la tasación inicial del bien y de la

⁵⁴ Esto hace que si el valor de la vivienda, en el momento de la ejecución, no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas (arts. 105 de la LH y 579 de la LEC). GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, *Presente y futuro de la garantía hipotecaria* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (RCDI), Enero 2013, numero 735, págs. 19 a 35.

⁵⁵ SSTS de 29 de abril de 1991, RJ 1991/3106 (2); STS de 18 de noviembre de 1996, RJ 1996/8639 (3); SAP de Alicante (Sección 7.ª) de 1 de febrero de 2002, JUR 2002/112215, SAP de Navarra (Sección 2.ª) de 19 de abril de 2004, JUR 2004/151845.

concesión de préstamos arriesgados para la adquisición de viviendas que después se habían desvalorizado.

Por ello, se pensaba que la *dación en pago* de la finca dada en garantía debería ser suficiente para dar por extinguida la deuda. Ante ello, al principio la mayoría de la jurisprudencia se inclinó por entender que no se estaba ante un ejercicio abusivo del derecho, sino que se trataba de una opción permitida por nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto que no se producía enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera⁵⁶.

De todas formas sería interesante distinguir la *dación en pago*⁵⁷ (*cessio pro soluto* o *datio in solutum*) de la *cesión de bienes para pago* (*cessio pro solvendo*)⁵⁸. En la *cessio pro solvendo*, esto es, en el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (Art. 1175 CC.), mientras que en la *cessio pro soluto*, la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva

⁵⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, *Presente y futuro de la garantía hipotecaria...op. Cit.*, p. 19.

⁵⁷ BELICHON ROMO, M.R., *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho comparado*. Madrid, 2012.

⁵⁸ Regulada en el artículo 1175 del Código Civil. Como señala la STS de 1 de marzo de 1969: «la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito restituyendo el remanente al deudor” (STS de 3 de enero de 1977. RJ 1977/1).

obligación, como ha hecho el Tribunal Supremo en numerosas sentencias⁵⁹.

3. En la Legislación Civil e hipotecaria.

La dación en pago como fórmula legal, si que era admitida para bienes muebles en caso de prenda en el art. 1872 CC⁶⁰ al permitir que *“si la segunda subasta no diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso está obligado a dar carta de pago de la totalidad de la deuda»*.

Y si era admisible en bienes muebles, ¿por qué no en los inmuebles? De hecho, Gómez Gállico⁶¹, considera que no es algo insólito en materia inmobiliaria, porque ya en la regulación de la llamada *hipoteca inversa*⁶² se articula un *régimen de*

⁵⁹ En este sentido, SSTs de 11 de mayo de 1912, 9 de diciembre de 1943, 13 de mayo de 1973, 13 de febrero de 1989, 7 de octubre y 19 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997.

⁶⁰ Art. 1872 CC: *«El acreedor a quien oportunamente no hubiere sido satisfecho su crédito podrá proceder a la realización de la prenda. Esta enajenación deberá hacerse precisamente en subasta pública, y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso está obligado a dar carta de pago de la totalidad de la deuda»*.

⁶¹ GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, *Presente y futuro de la garantía hipotecaria...op. Cit., p. 20*

⁶² En la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007.

limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia, en clara contradicción del principio general del artículo 1911 del Código Civil⁶³: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

Tratándose de dación en pago convencional⁶⁴ teóricamente no plantea problemas su admisibilidad, según PAU PEDRÓN, salvo lo relativo a la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca pactada, ya que legalmente se posibilita a través del *pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria*⁶⁵ a la propia finca hipotecada en el art. 140 LH. Donde se dispone:

⁶³ Art. 1911 CC.: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

⁶⁴ la *dación en pago obligatoria* sería muy dañina para el conjunto de la economía y de la hipoteca en particular, pero nada impide adoptar medidas de impulso de la *dación en pago voluntaria* y de instrumentos procesales que vinculen al acreedor a la tasación realizada, así como de soluciones excepcionales que permitan la liberación del deudor con la entrega de la vivienda a determinados deudores en situaciones de exclusión o de insolvencia. GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, *Presente y futuro de la garantía hipotecaria...op. Cit., p. 35.*

⁶⁵ Al tratar de la hipoteca de Responsabilidad Limitada, que regula el Art. 140 LH, vemos que cuando dice: “no obstante, podrá válidamente pactarse...” lo que marca una diferencia con el Art. 105 LH donde se establece que “la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del CC...”. PAU PEDRÓN, Antonio, *La hipoteca de Responsabilidad Limitada,*

Artículo 140 LH.-“No obstante lo dispuesto en el artículo 105⁶⁶, 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...**”*

La realidad, es que Art. 140 LH., nunca se pacta; cualquiera que haya firmado una hipoteca o simplemente la haya solicitado a un banco, si la entidad no concede el préstamo o no lo autoriza, simplemente la hipoteca no se constituye⁶⁷.

en “DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 19.

⁶⁶ Artículo 105 LH: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil”.

⁶⁷ La cuestión es si al hacer la tasación, el bien daba cobertura suficiente al crédito concedido... ¿Cómo es posible que al hacer la adjudicación se admita una desvalorización en algunos casos del 40 %? ¿Para qué sirven los analistas y las prospectivas de los expertos de las entidades? ¿No podían preverlo? ...y si lo previeron y optaron por la solución más favorable unilateralmente para sus entidades, aun cuando ello significara un gravísimo perjuicio económico, personal o social para sus clientes ¿no podían haberlo advertido a sus clientes?

Aunque seamos realistas: la potestad de decisión última está pues en manos de la entidad financiera, pues es necesaria su libre voluntad para aceptar el inmueble como forma de pago y en su caso, de darse por satisfecha y otorgar carta de pago de la obligación.

O reclamar mayor cantidad, considerando la posibilidad de una dación en pago parcial⁶⁸. Lo cierto es que según ADÁN GARCÍA se ha constatado en las oficinas registrales un considerable aumento de daciones en pago de la deuda hipotecaria contraída con las entidades de crédito. Se trata de este modo, de corregir la morosidad y de evitar acudir a la vía ejecutiva⁶⁹.

4. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos⁷⁰.

En otros ordenamientos, como en los países anglosajones, la entrega del bien hipotecado al acreedor extingue la obligación garantizada y libera al deudor de responsabilidad; así ocurre en países como Estados Unidos, donde el hipotecado

⁶⁸ JIMÉNEZ PARÍS, TERESA A., Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 724, págs. 1043 a 1214. p. 1159.

⁶⁹ ADÁN GARCÍA, M.ª E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 509 y sigs.

⁷⁰ BELICHON ROMO, M.R., *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho comparado*. Madrid, 2012.

que no puede hacer frente a su cuota mensual del crédito, puede adjudicar al Banco la vivienda y liquidar así su deuda con la entidad acreedora, sea cual sea el valor de la vivienda⁷¹.

Pero ello no ocurre así en el Derecho español. Como señala INSA⁷², no es suficiente devolver la vivienda para cancelar la hipoteca, puesto que si el valor en ese momento de la vivienda es inferior al del capital que falta por amortizar, el deudor seguiría debiendo al banco la diferencia al contrario de lo que sucede en otros sistemas financieros.

A partir de ahí, el particular deberá responder con otros bienes patrimoniales, si es que los tiene o con la nómina de su trabajo (si es que no está en situación de exclusión social, y sin rentas laborales) el pago del importe restante, que seguirá devengando los intereses pactados a favor del banco con las actualizaciones establecidas⁷³.

⁷¹ JIMÉNEZ PARÍS, TERESA A., Dación en pago de la vivienda hipotecada...*op. Cit.*, p. 1159.

⁷² INSA, Mireia, "¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria", en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009, págs. 35 a 38.

⁷³ Además el Banco no tendría por qué aceptar como valor de la vivienda para una dación en pago el que aparece en la escritura de hipoteca a efectos de subasta. Ese valor es a efectos de subasta, no un compromiso perpetuo de recompra a un precio pactado. INSA, Mireia, «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago

Lo paradójico es que la dación en pago pueda ser el instrumento jurídico utilizado por extranjeros insolventes, que probablemente no poseen otros bienes en territorio nacional mas que los hipotecados, siendo en la práctica su único patrimonio, de modo que su responsabilidad *de facto* no irá mas allá del importe de los bienes hipotecados (como establece el artículo 140 LH con la *limitación de la responsabilidad hipotecaria*, y ello sin necesidad de haberlo pactado expresamente), y que los españoles o los sujetos a la legislación española tengan que responder como dice el 1911 del Código Civil ... *con todos sus bienes, presentes y futuros*⁷⁴”.

5. La cuestión en la jurisprudencia europea y legislación estatal actual⁷⁵.

como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009, págs. 35 a 38.

⁷⁴ JIMÉNEZ PARÍS, TERESA A., Dación en pago de la vivienda hipotecada...*op. Cit.*, nota 11.

⁷⁵ Como dijimos al principio, el tema es de tan candente actualidad, que recientemente se ha celebrado en Granada un CONGRESO NACIONAL SOBRE DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: “UN DRAMA SOCIAL Y UN PROBLEMA LEGAL”, durante los días 16, 17 y 18 de mayo de 2013. Donde tuve el honor que me nombraran miembro del comité científico y vocal del tribunal de comunicaciones del Congreso. De esta manera, pude acceder al contenido de muchas de las intervenciones de los ilustres ponentes recogidas en libro de reciente publicación: OLMEDO CARDENETE, M. / SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., DESAHUCIOS Y

Entre la más reciente, es de destacar la Stia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de *14 de Marzo de 2013* donde declara contraria a la Directiva 93/13 de CEE, la normativa española en sede de ejecución hipotecaria en cuanto que no permite formular oposición basada en el carácter abusivo de ciertas cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecario. Lo que dice es que *“no es legal un procedimiento de ejecución en el que el Juez no puede entrar a valorar esa posible alegación de nulidad basada en el carácter abusivo de ciertas cláusulas realizada por el ejecutado...”*⁷⁶.

Entre las medidas de protección de los deudores hipotecarios, es de destacar la *Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*.

Ley que ha nacido sin el consenso, ni concurso de los distintos actores parlamentarios. Es una ley que no resuelve el tema de fondo del drama social de la falta de recursos económicos de personas en el umbral de exclusión, y que nace

EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

⁷⁶ REVISTA EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, Marzo-Abril 2013, Editorial, p. 3.

sin vocación de perdurabilidad, pues fija su plazo de vigencia en 2 años⁷⁷.

Esta ley pretende reforzar la independencia de las sociedades de tasación respecto a las entidades de crédito (según su *Exposición de motivos*), estableciendo en su art. 4, la necesidad de una homologación previa de los servicios de tasación de las Entidades de Crédito pero que no ha conseguido llevar a cabo la necesaria garantía de independencia, prohibiendo directamente que los servicios de tasación no tuvieran relación con los bancos de los que dependían, remitiéndose a un reglamento interno de conducta de dichas entidades Tasadoras.

Según PAU PEDRÓN⁷⁸, si el valor de tasación es independiente del valor que se obtiene en la ejecución, esto

⁷⁷ Esta Ley ha sido una ley sin el consenso, ni concurso de los distintos actores parlamentarios. Es una ley que no resuelve el tema de fondo que no es otro que el drama social y la falta de recursos económicos de personas en el umbral de exclusión, que nace sin vocación de perdurabilidad, pues fija su plazo de vigencia en 2 años. La pretensión de una dación en pago [voluntaria] ha sido desatendida por la ley de 2013, considerando que esa no es la panacea, sino la caja de pandora para aquellos acreedores que tuvieran cargas posteriores sobre el bien hipotecado, que esté incurso en una solución extrajudicial como es la dación en pago LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *La Ley 1/2013 de 14 de mayo (BOE 15/mayo/2013). El drama DE LOS DESAHUCIOS HIPOTECARIOS. DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 78.

supone que al final la pérdida la asume el deudor. En tanto que la adjudicación a favor del banco extingue el derecho de hipoteca, pero no la deuda hipotecaria procedente del crédito concedido para la adquisición de la vivienda; al final, la cantidad no satisfecha se sigue debiendo al banco por el deudor⁷⁹. La adjudicación a favor del banco produce la transmisión a su favor de la propiedad de la vivienda⁸⁰, pero no la cancelación de la totalidad de la deuda.

6. LA RESPUESTA LEGISLATIVA EN LA LEGISLACION AUTONOMICA.

Por lo que hace referencia a la Legislación Autonómica, es de mencionar la reciente legislación de Andalucía (es previsible que las demás hagan lo propio), con la ley 7/2013 de 9 de Abril

⁷⁸ PAU PEDRÓN, Antonio, *La hipoteca de Responsabilidad Limitada*, en "DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 19.

⁷⁹ PAU PEDRÓN, Antonio, *La hipoteca de Responsabilidad Limitada*, op. Cit., p. 19.

⁸⁰ Esto sin tener en cuenta además que el banco tendría que abonar los gastos de comunidad, servicios y suministros. El banco pagaría el IBI y los seguros (aunque el RD ley 27/2012 no lo aclara), lo mismo que si el banco tiene que hacer frente a las reparaciones necesarias de la vivienda. CARRASCO PAPER, Ángel, "Hipotecas sin desahucios". *DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p.42.

de la Comunidad Andaluza, dictada para asegurar la función social de la vivienda, destinada a personas en situación de especial emergencia (“*en riesgo de exclusión social*”) incursas en procedimiento de desahucio, pero de aplicación a las viviendas adjudicadas únicamente a los bancos por impago del préstamo, declarando en tales casos la expropiación de urgente⁸¹.

La solución dada por la ley Andaluza es la de expropiar a la entidad adjudicataria el derecho de uso y disposición, subrogándose la Junta de Andalucía en el lugar del adquirente (usualmente la entidad financiera), y convirtiéndose en arrendataria del desahuciado a cambio de una renta testimonial, que lo mismo no paga *-porque no puede-*... y al que probablemente no puede desahuciar al afortunado con tal medida porque estaría feo e ilógico que lo hiciera con el mismo al que facilita la medida habitacional.

Al final, como vimos en época de la República, el caso que nos refiere *Tito Livio*⁸², ante la imposibilidad de pagar las deudas a los ciudadanos romanos el Senado de Roma ofreció en pago ciertas fincas, corría entonces el año 210 a.C...

Lo dicho: como dice el Eclesiastés (1, 10): *Nihil novum sub sole*, [No hay nada nuevo bajo el sol...]

⁸¹ CARRASCO PAPERERA, Ángel, “*Hipotecas sin desahucios*”, p. 42.

⁸² TITO LIVIO, 26, 35,1-4.