

LA “DATIO IN SOLUTUM” COMO FIGURA SUSTITUTIVA DEL PAGO DEL CRÉDITO; SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO Y SU CONSIDERACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL

THE “DATIO IN SOLUTUM” LIKE SUBSTITUTE FIGURE OF THE PAYMENT OF THE CREDIT; ITS ANTECEDENTS IN ROMAN LAW AND BRIEF CONSIDERATION IN THE PRESENT LAW

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Universidad de Granada

SUMMARIUM: LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.

1. El llamado enechyron. 2. En la praxis epi lysei. 3. La pepamena. 4. La hypothêkê. 5. La apotimema. LA DATIO IN SOLUTUM EN DERECHO ROMANO. 1. Origen de la datio in solutum. 2. La Datio in solutum en la época clásica y post-clásica. 3. La datio in solutum en el derecho Justiniano. LA DATIO IN SOLUTUM EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA MEDIEVAL. 1. En la Glosa y Comentaristas. 2. En Las Partidas. LA DATIO IN SOLUTUM EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ACTUAL. 1. La cuestión en la doctrina civilista. 2. En la Jurisprudencia Civil. 3. En la Legislación Civil e Hipotecaria. 4. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos. 5. La cuestión en la jurisprudencia española, europea y legislación estatal actual. 6. La respuesta legislativa en la legislación autonómica.

Recientemente y parece que está de rabiosa actualidad, el tratar de la extinción del derecho real de garantía hipotecaria mediante la realización por parte del deudor de una *dación en pago*, ante la imposibilidad de pagar su deuda, intente hacer frente a su insolvencia mediante la entrega al acreedor (o *entidad financiera*) del inmueble que pudo adquirir precisamente a través de la concesión del préstamo hipotecario¹, esto es lo que se ha dado

¹ SALAS CARCELLER, A. (coordinador), EJECUCIÓN 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.

a conocer como la *dación en pago*. Incluso, hay un importante movimiento popular a favor que sea la propia Ley, la que posibilite al deudor librarse de la deuda financiera entregando dicha vivienda en pago².

LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO

Y aunque ya en anterior trabajo³ me ocupé de la posibilidad de la influencia de algunas figuras negociales conocidas en el “*Mare Nostrum*” del derecho griego antiguo y su influencia posterior en el Derecho Romano⁴. Ya entonces, me preguntaba:

¿Es posible que tales figuras tuvieran repercusión siglos después en el Derecho romano? Así, desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la influencia de ciertos principios, como el *principio de la anepafia* (ανεπαφια)⁵ y de ciertas formas de garantías antiguas de las que brevemente, haremos referencia.

Ya BISCARDI⁶, consideraba que las dos formas más antiguas de garantías reales en el antiguo derecho griego fueron el *enechyron* (ενεχηψρον) y la llamada *praxis epi lysei* (πραξις επι λψσει)⁷, a las que se les puede añadir algunas mas, como la denominada *hypothêkê* (ηψποτηκε), la *apotimema* (αποτιμεμα), y otras.

2 DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014. (Sección 5ª, 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 MODERNO”, Capítulo titulado: “La practica 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 n° CSA Social Science Collection. San Diego- USA).*

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

6 BISCARDI, *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*, Citá 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 hypothecarie en droit grec et romain”, *JJP*, 19 (1983), pp. 41 ss.

7 BISCARDI, “Le régime de la pluralité hypothecarie 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.

1. El *enechyron* (ενεχηψρον)

1. El llamado *enechyron* (ενεχηψρον), consistía en una figura en la cual se producía la *entrega efectiva de la posesión al acreedor*, pudiendo esta recaer sobre todo tipo de bienes, pero sin una precisa diferenciación de las 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* (πραξις επι λψσει)

En la *praxis epi lysei* (πραξις επι λψσει), el propio acreedor se convertía en *propietario de la cosa* que había sido 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* (πεπραμενα)

En la *pepramena* (πεπραμενα) según afirma Biscardi⁹, algunas fuentes áticas recogen casos de mantenimiento de la posesión por el acreedor (ηψποκειμενα ο ηψποκειμενα), aún cuando dicho acreedor hubiera sido pagado al vencimiento de la deuda, pero aun restaran otras por pagar. Ello producía un efecto de *continuidad 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* (πραξις επι λψσει). Tal situación de *continuidad posesoria* recibía el nombre de *pepramena* (πεπραμενα).

Sin embargo no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía, la entrega de la posesión en el *enechyron* (ενεχηψρον) y la retención de la propiedad por parte del acreedor en la *praxis epi lysei* (πραξις επι λψσει), estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore*¹⁰ y el *pignus conventum*¹¹. Era necesario algo más evolucionado, y esto llegó con la *hypothêkê* (ηψποτηκε).

4. La *hypothêkê* (ηψποτηκε)

Algunos textos literarios griegos así como algunos discursos de oradores, aluden a una forma de garantía en la cual *no se producía la pérdida de la posesión por el deudor*, a la cual le llaman *hypothêkê* (ηψποτηκε).

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

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

10 KRELLER, “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.

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

Se trataba de una convención o pacto, en virtud de la cual el deudor podía continuar con la posesión del bien en garantía, pero que facultaba al acreedor para que llegado el momento del vencimiento, si el deudor no pagaba podía tomar posesión de aquellos bienes que habían quedado sujetos o asignados en garantía.

La *hypothékê* (ἠψοπηκεε) más que un nuevo tipo de garantía, es simplemente un pacto añadido, que permitía al deudor a mantener sobre ciertos 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 pague la deuda.

5. La *apotimema* (αποτιμεμα)

Según Paoli¹², bajo el nombre de *apotimema* (αποτιμεμα), se podían configurar una institución que con algunas variedades se podía considerar como similar a una *datio in solutum*, como una forma de pago.

La *apotimema* (αποτιμεμα) en realidad era un **pacto añadido** y predeterminado que incluía 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 *apotimema* (αποτιμεμα), 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*.

Paoli¹³, considera que posiblemente las que seguramente se darían en la realidad serían *apotimema* (αποτιμεμα) como equivalente a una *datio in solutum*, reflejada en las lápidas insertas en las fincas u *horoi* (ἠοροι), de las que se tienen documentadas y justifican el hecho de que las fuentes aludan a estas garantías hipotecarias con términos que indican posesión.

LA DATIO IN SOLUTUM EN DERECHO ROMANO

Siguiendo a BLANCH NOUGUÉS¹⁴, 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 ofreciéndole la entrega de otra cosa al modo de prestación sustitutoria (δατιο ιν σολυτυμ), lo que había de ser necesariamente aceptado por éste.

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

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

14 J. M. BLANCH NOUGUÉS, 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.

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 republicana, un mundo fundamentalmente agrario en el que los campesinos estaban obligados 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 República¹⁵. MELILLO¹⁶ sitúa así el origen de la *datio in solutum*¹⁷ o el cambio de una prestación por otra en las relaciones obligatorias (“*aliud pro alio*”) en época republicana, y así hace referencia a supuestos del mismo en *Cato*¹⁸, en la *Lex de Gallia Cisalpina*¹⁹ y en la *Tabula Heracleensis*²⁰. SACCOCCIO²¹ reconoce que el *aliud pro alio* debió estar muy generalizado en esta época como lo prueba *Tito Livio*, 26, 35,1-4, en donde refiere un préstamo solicitado a los ciudadanos romanos por el Senado en el 210 a.C. para sufragar 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 mismo²².”

Fue entonces cuando el Senado, ante las protestas de grupos de ciudadanos que reclamaban la devolución de sus créditos, ofreció en pago la entrega de fincas situadas en las cercanías de Roma, lo cual fue gustosamente aceptado por dichos ciudadanos descontentos²³.”

Otra cosa es el tratamiento doctrinal de la *datio in solutum* por la jurisprudencia romana como forma de extinción de las obligaciones. Así STEINER²⁴, que reflexiona sobre el ori-

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

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

17 Siguiendo a Blanch Nougues, Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*)...*Op. Cit.*, nota 4.

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

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

20 ...*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*.

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

22 (Tito Livio, 29,16,1-3).

23 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.

24 “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 Proculeyanos, 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).

gen de la *datio in solutum*, considera que la *datio in solutum* aparece en época tardía en el Ordenamiento jurídico romano ya que en una primera época, carecía de regulación.

MELILLO²⁵ considera que dicha labor sistemática no pudo ocurrir por tanto hasta los primeros siglos del Principado en cuanto que la *dación en pago* era considerada como una práctica habitual entre las clases humildes (*humiliores*) de Roma pero no entre la *nobilitas et honestiores*, que como es sabido era la extracción social de dicha jurisprudencia. Como indicamos anteriormente²⁶, 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.

A este respecto BETTI²⁷, 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.

Aunque se haría necesario distinguir, entre la *datio in solutum voluntaria* y la llamada *datio in solutum necesaria* que es la que tiene lugar cuando la ley “*obliga*” al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva sustitutoria ofrecida por el deudor.

En sede negocial, está claro que la procedente aquí es la *datio in solutum voluntaria*²⁸, 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*.

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

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

27 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.

28 Entre la extensa bibliografía que recoge Blanch Nougues, 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 agetur²⁹.

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 reclamar el *id quod interest* por los daños y perjuicios ocasionados por la evicción, inclinándose por proporcionar al acreedor una acción típicamente de compraventa, como si de ésta se tratara³⁰.

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 obtinet³¹.

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.

Nuestra jurisprudencia más reciente no es ajena a esta concepción, que ya elaboraron los juristas romanos, equiparando a la dación en pago a la compraventa³².

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

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

La regulación de *datio in solutum* en su modalidad *necessaria* se debe a Justiniano que 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 auro³³.

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 Romano por esas 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 darí rem immobilem creditori, ut eius, fructus colligens, reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis, quam in usuris non amplius quarta parte centesimae³⁴.

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*

33 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.** GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, tomo 6, *Novelas, Constituciones*, p. 25.

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

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 no 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 BAUTISTA³⁵, nuestro querido y añorado D. Antonio, en relación a la *datio in solutum necessaria*³⁶ en el campo de los negocios de los banqueros³⁷ 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 emptae eis addicatur, quasi revera ab illis emptae, sola vero emptoris appellatio interposita esset³⁸.

Nos aclara DÍAZ BAUTISTA³⁹ 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.

35 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..."

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

37 Novella CXXXVI "De Argentariorum contractibus".

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

39 DÍAZ BAUTISTA, Antonio, Estudios sobre la Banca Bizantina...Op. Cit, p. 160.

En este sentido, en base al Código de Justiniano [C.8, 34 (33), 3]⁴⁰, podemos ver cómo se prevé la posibilidad de una adjudicación del dominio al acreedor de la prenda, pero concediéndole al deudor por consideraciones humanitarias una adjudicación temporal al acreedor, ofreciéndole a este 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.

III. LA DATIO IN SOLUTUM EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA MEDIEVAL

Es de destacar que el empleo de la expresión “*datio in solutum*” no aparece en realidad en las fuentes romanas⁴¹, sino que surge con posterioridad siendo un producto de la tradición jurídica romanista⁴². 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 otra forma de liberación del deudor)⁴³ y en cambio “*satisfactio*” en un sentido más amplio de extinción de la obligación.

40 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 plénsimamente 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 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”.

41 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)*.

42 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.

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

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 autor 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 comentaristas⁴⁴ 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 Nougés⁴⁵.

2. En las Partidas

Nuestro Rey sabio, D. Alfonso, en el siglo XIII, en La Partida 5^a⁴⁶, 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 menor.

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

1. La cuestión en la doctrina civilista

La doctrina civilista actual⁴⁷ 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 compraventa*,

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

45 En este último sentido, se ha manifestado un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia italiana (SACCOCCIO, A., *L'evizione nella c.d. in 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 NOUGÉS, *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (datio in solutum)...* Op. Cit., p. 11.

46 Partida 5, 13, 44: “Queremos que competa al conocimiento judicial la estimación de la prenda, mientras permanezca en poder del acreedor y dueño, ya si respecto a la deuda es de mayor o menor cantidad, de suerte que prevalezca respecto a la estimación de la prenda lo que sobre esto hubiere determinado el juez».

47 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, Mª. 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.

siguiendo los antecedentes romanos y afirmando en general, la naturaleza contractual de la *datio in solutum*, a igual que ocurre en nuestra legislación civil en sintonía con otros ordenamientos jurídicos⁴⁸.

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 PAPIOL⁴⁹), 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 TOBEÑAS⁵⁰).

Entre la más reciente, MARTÍN BRICEÑO⁵¹ 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 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)⁵².

48 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 enfitéutica. 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 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.

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

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

51 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.

52 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.

2. En la Jurisprudencia Civil

Algunas sentencias⁵³ 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 concesión de préstamos arriesgados para la adquisición de viviendas que después se hubian 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. En un 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 financiera⁵⁴.

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 CC⁵⁵ 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 Gállico⁵⁶, considera que no es algo insólito en materia inmobiliaria, porque ya en la regulación de la llamada *hipoteca inversa*⁵⁷ se articula un *régimen de limitación de responsabilidad de los herederos a los propios bienes recibidos por herencia*, en clara contradicción del principio general del artículo 1911 del Código Civil⁵⁸: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

Tratándose de dación en pago convencional⁵⁹ teóricamente no plantea problemas su admisibilidad, salvo lo relativos a la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca pactada,

53 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.

54 GÓMEZ GÁLIGO, JAVIER, Presente y futuro de la garantía hipotecaria...op. Cit., p. 19.

55 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».

56 GÓMEZ GÁLIGO, JAVIER, Presente y futuro de la garantía hipotecaria...op. Cit., p. 20

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

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

59 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

ya que legalmente se posibilita a través del *pacto de limitación de responsabilidad hipotecaria* a la propia finca hipotecada en el art. 140 LH. Donde se dispone:

Artículo 140 LH.-“No obstante lo dispuesto en el artículo 105⁶⁰, 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...”

Al tratar de la hipoteca de Responsabilidad Limitada⁶¹, 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....”.

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 constituye⁶².

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 segundo lugar, de darse por satisfecha y otorgar carta de pago de la obligación.

O reclamar mayor cantidad, considerando la dación un pago parcial⁶³. 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 ejecutiva⁶⁴.

4. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos⁶⁵

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 en

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.

60 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”.

61 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.

62 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?

63 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.

64 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.

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

países como Estados Unidos, el hipotecado 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 vivienda⁶⁶.

Pero no ocurre así en el Derecho español.

Como señala INSA⁶⁷, 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 establecidas⁶⁸.

Lo paradójico es que la dación en pago pueda ser el instrumento jurídico utilizado por los 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 *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*”⁶⁹.

De todas formas sería interesante distinguir la dación en pago⁷⁰ (*cessio pro soluto* o *datio in solutum*) de la cesión de bienes para pago (*cessio pro solvendo*)⁷¹. 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 obligación⁷².

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

67 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.

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

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

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

71 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).

72 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.

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

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 2013⁷³.

Entre lo 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 (nulidad basada en el carácter abusivo de ciertas cláusulas) realizada por el ejecutado..."⁷⁴.

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 sin vocación de perdurabilidad, pues fija su plazo de vigencia en 2 años⁷⁵.

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 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.

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

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

75 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 incurrido 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.

Según PAU PEDRÓN⁷⁶, si el valor de tasación es independiente del valor que se obtiene en la ejecución, esto 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 deudor⁷⁷. La adjudicación a favor del banco produce la transmisión a su favor de la propiedad de la vivienda⁷⁸, pero no la cancelación de la totalidad de la deuda.

6. LA RESPUESTA LEGISLATIVA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

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 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 urgente⁷⁹.

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*⁸⁰, 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...]

76 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.

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

78 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 PAPERERA, Ángel, "Hipotecas sin desahucios". *DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS: un drama legal y un problema social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p.42.

79 CARRASCO PAPERERA, Ángel, "Hipotecas sin desahucios", p. 42.

80 TITO LIVIO, 26, 35,1-4.

