



Trabajo Fin de Grado

La Dación en pago como forma de extinción de las obligaciones

Presentado por:

Juan Cayuela Martínez

Tutor/a:

María del Carmen Lázaro Guillamón

Grado en Derecho

Curso académico 2016/17

LISTA DE ABREVIATURAS

a.	Año
a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
Cc.	Código Civil
Cit.	Citado
D.	Digesto de Justiniano
d.C.	Después de Cristo
RH	Reglamento Hipotecario
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
PAH	Plataforma de Afectados por la Hipoteca
Nov.	Novelas de Justiniano
Núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
RDL	Real decreto-legislativo
S.	Siglo
TS	Tribunal supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

LISTA ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN.....	4
I. INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO.....	6
1. CONCEPTO.....	6
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA <i>DATIO</i>	9
1) Como una compraventa	10
2) Como una novación.....	11
3) Como un contrato	13
4) Como una modalidad de pago.....	16
5) Negocio jurídico de características complejas	16
3. ELEMENTOS	17
4. EFECTOS	21
II. ANTECEDENTES.....	26
1. LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ROMANO	26
1) La dación en pago voluntaria	27
2) La dación en pago necesaria como un <i>ius singulare</i> en la época Clásica (S. I d.C.).....	27
2. REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO EN EL <i>IUS COMUNE</i> Y SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA	30
III. ESPECIAL REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS INMOBILIARIAS	33
1. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	33
2. LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON DERECHO REAL DE HIPOTECA INMOBILIARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	36
1) Teoría del abuso de derecho.....	39
2) Doctrina de los actos propios	40
3) El enriquecimiento injusto	40
4) Transparencia y cláusulas abusivas.....	42

CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA.....	49
ANEXO 1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	52
RESUMEN EN INGLES.....	53

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2008 nuestro país se ha visto inmerso en una brutal crisis económica, dando lugar a que el Estado del Bienestar que conocíamos se tambalee. Esa circunstancia ha hecho que deban replantearse muchas cuestiones hasta entonces olvidadas.

El mayor de los dramas ha sido la escalada de ejecuciones hipotecarias que ha azotado y socavado los cimientos de nuestro sistema hipotecario y financiero, situando a las entidades de crédito en el epicentro del problema y provocando un profundo quebranto en la confianza de los consumidores con aquellas.

Desde la óptica jurídica, ha quedado patente como nuestro ordenamiento no estaba preparado para hacer frente a este tipo de problemas, lo que ha provocado que el legislador –en algunas ocasiones por la presión social y en otras por la influencia de las sentencias del TJUE- haya tenido que dar salida, de forma rápida y sin la meditación que se requiere, a distintas reformas legislativas con carácter de urgencia, actuando de forma parcheada.

Esta falta de soluciones eficientes ha provocado la creación de distintas plataformas sociales¹, así como que los tribunales hayan tenido que actuar, en ocasiones, a espaldas de sus verdaderas competencias, interpretando preceptos que a nuestro parecer, tienen muy poco margen de interpretación.

En este panorama de crisis ha vuelto a entrar en la actualidad de la práctica jurídica la institución de la dación en pago, cuyo origen -como la mayor parte de las instituciones de Derecho privado- se encuentra en la actividad jurisprudencial romana, y que hasta el estallido de la crisis parecía que se encontraba en estado de hibernación.

De esta forma, en el presente trabajo se analizará la institución de la dación en pago, sus antecedentes históricos y legislativos y, lo que es más importante, su alcance y aplicabilidad en nuestro actual ordenamiento jurídico.

Por motivos de extensión, y al objeto de cumplir con los parámetros que un trabajo final de grado exige, nos hemos visto en la obligación de centrarnos en un tema concreto, siendo este la dación en pago como forma de extinción de las obligaciones garantizadas con el derecho real de hipoteca inmobiliaria debido a su trascendencia mediática en la actualidad.

¹ V.gr. “Stop desahucios”, “plataforma afectados por la hipoteca”.

Para ello, hemos estructurado el trabajo en tres grandes capítulos. El primero se centra en cuestiones generales tales como: su concepto y alcance, naturaleza jurídica, sus elementos principales y efectos. En el segundo capítulo se pretende conocer el origen de la figura y su evolución histórica, ya que sólo dilucidando los motivos que dieron a su creación y su posterior evolución podremos adquirir un entendimiento abstracto de la *datio*. Y en el tercero dedicaremos nuestra atención a la dación en pago como forma de extinción del derecho real de hipoteca inmobiliaria. En este último capítulo primero estudiaremos las especiales características de la hipoteca inmobiliaria y del procedimiento de ejecución hipotecaria en el ordenamiento jurídico español. A continuación, veremos como la presión social, así como la creación de distintas plataformas sociales y la ascendente escalada de ejecuciones inmobiliarias han provocado sustanciales modificaciones legislativas. Y, para acabar, se hará referencia a los distintos pronunciamientos judiciales, a favor y en contra, de la dación en pago coactiva como forma de extinción de las obligaciones garantizadas con derecho real de hipoteca inmobiliaria en nuestro ordenamiento jurídico.

Este desarrollo se ha llevado a cabo utilizando un método exegético, es decir, de interpretación de los textos legales. Inductivo, a través del estudio de trabajos doctrinales, resoluciones jurisdiccionales y jurisprudenciales combinado con un análisis histórico-crítico que nos muestre su evolución de la institución y nos facilite su entendimiento.

Por último señalar que para facilitar el mejor entendimiento de la institución hemos decidido alterar el devenir histórico, es decir, primero hemos hablado de la institución y sus características generales y posteriormente de su origen.

I. INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA *DATIO IN SOLUTUM*

1. CONCEPTO

La definición que le demos a la *datio in solutum* no va a ser cuestión baladí, puesto que de esta podremos extraer indicios sobre su naturaleza jurídica, régimen jurídico aplicable y efectos. Ahora bien, dar con un concepto concreto no resulta sencillo, pues nos encontramos ante figura nominada y atípica, esto es, nombrada en diversos preceptos de nuestro Código Civil pero sin una regulación expresa (así, arts. 1.521, 1.636, 1.849). Ello provoca disparidad de opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así se desprende de la sentencia 176/2005 de 10 de Febrero dictada por la AP de Madrid (TOL 628.290), la cual manifiesta la disparidad de opiniones que existe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de dar con un concepto de la dación en pago: "(...) cierta indefinición en la doctrina jurisprudencial, en cuanto a la conceptualización de la dación en pago".

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN² definen la *datio* como "la ejecución de una prestación distinta de la convenida, aceptada por el acreedor", además, estiman que se trata de "un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el que el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con la lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere. Si el deudor cumple, la obligación primitiva se extingue".³ Aquí, lo que realmente quieren decir, es que la dación en pago es un convenio por el cual las partes pactan la realización de una prestación distinta a la acordada originariamente. Si el deudor cumple con este nuevo convenio, la obligación primitiva se extingue.

Esta primera aproximación doctrinal podría dar a entender que nos encontramos ante una novación objetiva. Sin embargo, consideramos que la novación choca con alguno de los elementos esenciales –que trataremos más adelante– de la *datio in solutum*, tales como; el elemento temporal, el *animus solvendi* de la *datio* y la subsistencia de la obligación primitiva mientras no se produzca el cumplimiento de la dación en pago.

Para ALBALADEJO⁴, la dación en pago es un contrato mediante el cual las partes contratantes pactan una manera distinta de prestar la obligación primitiva.

² DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 183.

³ DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil...*, cit., pp. 184-185.

⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 148-152.

GARCÍA AMIGO⁵, al definir la dación en pago, nos dice que el deudor transmitirá la propiedad de una cosa en sustitución de la prestación debida, la cual se da por extinguida –pagada-. La cosa dada en pago realiza la función de precio y, así, son aplicables las reglas del saneamiento por vicios ocultos y evicción.

Para PASCUAL ESTEVILL⁶, la *datio* “deberá ser configurada como una convención novatoria celebrada entre el deudor y el acreedor en virtud de la cual se ha venido a variar el contenido de la relación originaria, derogando el principio de identidad de la prestación contenido en el artículo 1.166 de nuestro Código Civil y extinguiendo la relación obligatoria cuándo ese *aliud* sea efectivamente ejecutado”.

BELINCHÓN⁷ considera que la dación en pago es “un modo de extinción de las obligaciones, por virtud del cual el deudor, en el momento de cumplimiento de una obligación preexistente y válidamente constituida realizará a título de pago, una prestación diferente de la debida ab initio, la cual, previa aceptación de la misma por su acreedor, producirá la extinción de ese vínculo obligatorio”.

Como veníamos diciendo al inicio de nuestra exposición, en la doctrina jurisprudencial encontramos posturas divergentes. Quizás la más uniforme es la ofrecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de abril de 2014 (RJ 2014/ 2597): “La dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que este consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria...”

A nuestro entender, existe dación en pago cuándo el deudor realiza una prestación distinta (*aliud*) a la previamente pactada (*alio*), siempre con el consentimiento del acreedor.

Es interesante resaltar que esta disparidad de criterios también se presenta a la hora de admitir la *datio* en nuestro ordenamiento jurídico, así pues, algunos autores como ALBALADEJO⁸ entienden que el reconocimiento de la *datio* en el Código Civil se deduce del principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255⁹ CC. Mientras que otros, como SASTRE PAPIOL¹⁰, estiman que la admisión en nuestro

⁵ GARCIA AMIGO, M., *Lecciones de derecho Civil II*, McGraw Hill, Madrid, 1995; pp. 592 y 953.

⁶ PASCUAL ESTEVILL, L., “La dación en pago”, *RCDI*, 1986, volumen 2º, p. 1109 y ss., citado por BELINCHÓN ROMO, Mª. R., *La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 24.

⁷ BELINCHÓN ROMO, Mª. R., *La dación en pago...*, cit., p. 97.

⁸ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, cit., p. 149.

⁹ Art. 1.255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

¹⁰ Citado BELINCHÓN ROMO, Mª. R., *La dación en pago...*, cit., p. 99.

ordenamiento gravita en torno a la regulación de la cesión de bienes del artículo 1.175¹¹, específicamente, en su inciso “salvo pacto en contrario” el cual parece reconocer la citada figura.

A la vista de lo expuesto podemos deducir lo peculiar de la institución, en cuanto supone una excepción a los requisitos generales del pago en el cumplimiento de las obligaciones.

En nuestro Código Civil podemos distinguir tres requisitos de la prestación para que el pago sea liberatorio: la identidad¹², la integridad¹³ e indivisibilidad¹⁴.

El primero de los requisitos supone que el deudor debe entregar la misma cosa o realizar la misma conducta prevista en la obligación. El segundo que el deudor deberá entregar todo lo previsto en la obligación principal, careciendo la prestación incompleta de eficacia liberatoria. Y el último consiste en que el pago ha de ser efectuado de forma íntegra y, como consecuencia, es necesario llevarlo a término con todos sus frutos, intereses y demás accesorios, pudiendo el acreedor reclamar que se adicionen los gastos si los hubiere e intereses si se han devengado. De este modo, como indica SASTRE PAPIOL, “(...) queda excluida toda tentativa encaminada a pretender imponer la tesis de que entregando la prestación lo más exactamente posible, se cumple con la realización establecida, como en ocasiones se ha querido significar”¹⁵.

Ahora bien, esta triple exigencia no opera *de facto* sino que estamos ante un derecho del acreedor para reclamar la prestación debida. Es decir, este podrá aceptar una prestación distinta a la pactada en virtud del principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 CC, pero no podrá ser compelido a ello porque así lo dispone el artículo 1116 CC.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DATIO

Las diferencias en la configuración conceptual de la dación en pago proporcionan correlativas discusiones sobre su naturaleza jurídica. Las tesis más destacadas son las que a continuación se exponen.

¹¹ Art. 1.175 CC: “El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos”.

¹² Artículo 1116 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.”

¹³ Artículo 1157 CC: “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

¹⁴ Artículo 1169 CC: “A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación...”.

¹⁵ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 30.

1) Como una compraventa

Atribuir a la dación en pago la naturaleza jurídica de compraventa se remonta al Derecho romano¹⁶. Así, fueron los juristas romanos los primeros en asimilar la *datio* a una forma de comprar.

Actualmente, la opinión mayoritaria desecha esta postura, debido, en gran parte, a los problemas que plantea en los casos en que el *aliud* no supone una obligación de dar una cosa, sino de hacer o no hacer¹⁷.

Entre los autores que defienden la asimilación de la dación en pago a la compraventa destacan GARCÍA AMIGO¹⁸ y BAS Y RIVAS¹⁹. Su postura se apoya en tres puntos de cardinales. El primero es que la entrega del *aliud* sustituye la prestación debida la cual se da por extinguida –pagada-. El segundo es que en caso de pérdida por evicción o vicios ocultos en el *aliud*, deben poder aplicarse las reglas del saneamiento por evicción a fin otorgarle cierta protección al acreedor, reglas que además se recogen en sede del contrato de compraventa. Y por último, una razón sistemática, la dación en pago aparece nombrada en los artículos 1521, 1636 y 1894 del CC, conjuntamente con el contrato de compraventa.

De diversa opinión son ALBADALEJO, DÍEZ-PICAZO y BELINCHÓN. Para ALBADALEJO²⁰ la *datio* no puede asimilarse en ningún caso a la compraventa puesto que en esta las partes pretenden crear nuevas obligaciones y, mediante la dación en pago, lo que persigue el deudor es extinguir una obligación preexistente mediante la realización de una prestación distinta a la inicialmente convenida. DÍEZ-PICAZO²¹ entiende que cuando el acreedor consiente en pago de un crédito que ostenta la entrega de una cosa, el cambio se produce entre un crédito y una cosa y no entre un dinero o cantidad y una cosa. Ello impide considerar la *datio* como una compraventa. Pues el artículo 1445 CC²² dispone que el precio de una compraventa debe ser dinero

¹⁶ D. 42, 4, 15: “El que ha recibido una cosa por permuta es comparable al comprador; también el que recibió una cosa en lugar de pago (...)”.

¹⁷ El Código Civil en su artículo 1445 dispone que: “por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”. De este modo podemos ver que para existir un contrato de compraventa es necesario que la obligación consista en pagar un precio y no hacer o no hacer algo.

¹⁸ GARCÍA AMIGO, M., *Lecciones de Derecho Civil II*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pp. 592 y 953.

¹⁹ BAS Y RIVAS, F., “La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1945, núm. 208, pp. 585-599, p. 586

²⁰ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II...*, cit., p. 149.

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 184.

²² Art. 1445 CC: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

o signo que lo represente. Para BELINCHÓN, atribuirle la naturaleza jurídica de compraventa es consecuencia del deseo desesperado de encontrar un régimen jurídico aplicable que otorgue cierta protección al acreedor frente al deudor. Ahora bien, para la autora, esto no tiene sentido puesto que el contrato de compraventa es el contrato oneroso por excelencia y las normas jurídicas aplicables para este lo serán también en todo contrato oneroso. Así, si la *datio in solutum* nace para extinguir una obligación que surgió de un contrato con causa onerosa es aplicable el régimen jurídico del contrato de compraventa²³. Sin embargo, si la finalidad es extinguir una obligación que nació de un contrato gratuito, no tendrá cabida su aplicación.

La jurisprudencia tampoco es uniforme. En este sentido, encontramos algunas sentencias que siguen la corriente jurisprudencial de otorgar a la dación en pago la naturaleza jurídica de contrato de compraventa, entre las que se encuentra la STS de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/ 2209). Pero también encontramos otras que entienden la *datio* como una novación objetiva²⁴ o incluso alguna que entiende que se trata de un “concierto de voluntades” con el efecto de “extinguir la obligación originaria” y con características propias del “pago o cumplimiento de la obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto”, como sería la STS de 9 de abril de 2014 (RJ 2014/ 2597).

A nuestro juicio nos encontramos ante un contrato atípico y con características complejas, al que no podemos otorgar por defecto la naturaleza jurídica del contrato de compraventa, ya que la *datio* no siempre va a consistir en una obligación de dar – en cuyo caso, y si nace para extinguir un contrato oneroso, se le podrá aplicar por analogía el régimen jurídico del contrato de compraventa- sino que también podrá consistir en una obligación de hacer o no hacer una cosa, o incluso nacer para extinguir un contrato gratuito, escenario último en el que entendemos no cabrá la asimilación de la figura al contrato de compraventa.

2) Como una novación

Existen autores que otorgan a la dación en pago las características propias de la novación. El fundamento se basa en la interpretación que hacen del artículo 1849 CC, conforme al cual la garantía personal de la obligación primitiva, prestada por la fianza, se extingue una vez se pacta la dación en pago entre el acreedor el deudor. Y ello es, precisamente, porque opera una novación.

²³ En lo que se refiere al saneamiento por evicción, vicios o gravámenes ocultos

²⁴ STS 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608).

Para BELINCHÓN²⁵ este razonamiento no es válido en tanto en cuanto la teoría general de las obligaciones nos indica que siempre que exista una modificación en las obligaciones que surjan de un contrato se habrá de contar con el consentimiento de todas las partes que se puedan ver afectadas por dicha modificación. Es por ello que si el acreedor y el deudor acuerdan un modo distinto de extinguir la obligación sin participar al fiador este no estará obligado a garantizarlo, no por efectos novatorios, *sino por no haber sido parte del nuevo convenio*: “(...) la fianza queda extinguida a partir de la aceptación de la dación y no por tratarse la dación en pago de una novación.”

Así, SASTRE PAPIOL²⁶ estima que la posibilidad de cumplir con una obligación distinta a la pactada en el contrato inicial se justifica en la derogación convencional que pactan las partes, para un supuesto concreto, del principio de identidad de la prestación que establece el artículo 1166 CC²⁷. Este acuerdo permite que “el *aliud* cumpla una función solutoria de la obligación que surgió del negocio novatorio” y, por tanto, el cumplimiento de esta obligación novada implicará la extinción de la obligación originaria. Para el autor que el *solvens* pueda realizar una prestación distinta a la que se encontraba compelido a realizar, al *accipiens*, significa que se ha producido una novación objetiva del artículo 1203.1 CC²⁸, reemplazando el *alio* por el *aliud*.

Para PASCUAL ESTEVILL²⁹ la *datio pro soluto* se debe configurar como una convención novatoria celebrada entre el deudor y el acreedor mediante la cual se varía el contenido de la relación originaria, derogando el principio de identidad de la prestación recogido en el artículo 1166 de nuestro Código Civil y, extinguiendo la relación obligatoria cuándo ese *aliud* sea ejecutado de forma efectiva.

SERRANO GARCÍA³⁰ afirma que “las partes sustituyen la obligación inicial por otra nueva, lo cual produce la siguiente consecuencia: la novación de la obligación originaria y su consiguiente sustitución por otra de objeto distinto. Además, una vez que concurre el acuerdo de las dos partes en sustituir la prestación originaria por otra, esta desaparece surgiendo otra nueva obligación que pasa a ser única.”

²⁵ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 22 y ss.

²⁶ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., pp. 12, 27 y 125.

²⁷ Art. 1166 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 de su acreedor.

²⁸ Art. 1203.1 CC: “Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales”.

²⁹ PASCUAL ESTEVILL, L., “La dación en pago”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1986, núm. 578, pp. 1109-1130, citado por BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 27.

³⁰ SERRANO GARCÍA, I., “Consideraciones acerca de la dación en pago” en Centenario del Código Civil, CERA, Valladolid, 1989, p. 2017.

También nuestra jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, que la dación en pago comparte características con la novación, así la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2014³¹ (RJ 2014/ 2597).

A nuestro entender, debemos de reconocer que tanto en la dación en pago como en la novación objetiva, se produce un cambio de objeto. Ahora bien, otorgar a la dación en pago naturaleza jurídica novatoria implicaría renunciar a alguno de los elementos y efectos que consideramos esenciales en la *datio pro soluto*.

El primero de ellos sería el elemento temporal de la convención, si admitimos la naturaleza novatoria de la *datio*, esta podría celebrarse en cualquier momento. Ello no obstante, como ya veremos en su momento, ha de celebrarse cuándo la relación obligacional primitiva –la cual se pretende extinguir- se encuentre vencida y exigible, y no mientras el cumplimiento sea posible.

La segunda contrariedad que encontramos es en referencia al *animus solvendi* de la dación. Así esta se realiza con la intención de extinguir la obligación primitiva, realizando un pago distinto al previamente pactado, sin embargo, la novación tiene un *animus novandi*, es decir, no pretende extinguir la obligación previamente pactada sino que busca modificarla manteniendo la relación jurídica.

Finalmente, la última traba acaece en caso de incumplimiento de la dación en pago. Si se considera una novación, en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor no podrá reclamar el cumplimiento de lo pactado *ab initio*, sin embargo, a nuestro entender –como explicaremos más adelante- el acreedor sí puede exigir el cumplimiento de la prestación primitiva.

3) Como un contrato

Una de las teorías con más peso en la doctrina y jurisprudencia³² es aquella que otorga a la dación en pago la naturaleza de contrato nacido de la concurrencia de voluntades entre el acreedor y deudor.

Para algunos autores como FÍNEZ y DÍEZ-PICAZO³³ nos encontramos ante un contrato extintivo referido en el artículo 1254³⁴ CC. Así, FÍNEZ nos dice que cuándo el

³¹ STS 9 abril de 2014: "(...) participa de las características propias del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación" (RJ 2014/ 2597).

³² Entre las que se encuentran la STS de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013/ 2625).

³³ "La dación en pago la podemos conceptuar como un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el que el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con la lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere. Si el deudor cumple, la obligación primitiva se extingue". DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil...*, cit., pp. 184-185

precepto dispone “consiente en obligarse” se debe entender cómo “(...) quedar vinculadas las partes por lo pactado en el contrato, sea lo establecido en la obligación la creación de una obligación o bien la modificación o extinción de una preexistente.”³⁵ Esto es, la dación en pago es un contrato en el que acreedor y deudor pactan una nueva prestación distinta a la originaria, con el objeto de extinguirla, quedando por tanto, las partes obligadas a ejecutar y aceptar el *aliud* en pago de la obligación preexistente.

Ahora bien, no todos los que tratan a la dación en pago como un contrato piensan que este sea extintivo. Así, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO³⁶ entiende que no se trata de un contrato extintivo, pues aunque el artículo 1255 CC reconoce la autonomía de la voluntad de los contratantes, también ordena que los pactos, cláusulas y condiciones no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. En este sentido, cuándo las partes acuerdan realizar una prestación distinta a la originariamente pactada, el contrato se dirige únicamente a sustituir el pago, siendo la extinción de la obligación una consecuencia jurídica que depende directamente de la ley y no de la voluntad de los contratantes. Extinción que, por otro lado, se producirá en el momento que tenga lugar la transmisión de la propiedad. Es por ello, que nos dice el autor, que la dación en pago es un contrato oneroso de transmisión “que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión, el cual solamente producirá efectos cuándo verdaderamente sustituya el pago, por lo que es totalmente necesario que se produzca la transmisión de la propiedad de la cosa o derecho que se entrega.”

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁷ señala que la dación en pago es un contrato atípico que no sustituye la obligación originaria por una nueva, sino que origina un nuevo medio de extinción de la relación obligatoria por acuerdo del acreedor y deudor.

En esta misma línea se sitúa MERINO HERNÁNDEZ³⁸, quien considera que la dación en pago es un contrato nominado y atípico que celebran el acreedor y deudor con el fin de modificar la prestación convenida en la relación obligatoria primitiva. Este cambio en la prestación convenida surge de un acuerdo de voluntades entre las dos partes contractuales por lo que no puede ser otra cosa que un contrato. Además, opina que la prueba de que es un contrato nos la ofrece el Código Civil al hablar de la

³⁴ Art. 1254 CC: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

³⁵ FÍNEZ, J. M., “La dación en pago”, ADC, 1995, pp. 1467-1527, p. 1519

³⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “El cumplimiento de las obligaciones”, RDP, Madrid, 1956, p. 373

³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., “La naturaleza jurídica de la dación en pago”, ADC, nº 20, 1957, pp.753-797, p. 792.

³⁸ MERINO HERNÁNDEZ, J.L., “Revista de derecho notarial”, 1975, pp. 79 y ss, párrafo extraído de BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago ...*, cit., p. 25

dación junto con la compraventa, asimilando pues, las dos figuras. Para este la dación en pago tiene como función primordial “la sustitución del objeto de la primitiva prestación obligatoria, por otro distinto, incluso de diferente naturaleza, cuya entrega por parte del deudor determinará la extinción de la relación obligatoria primeramente estipulada”. Además, el nuevo contrato surge como consecuencia del contrato primitivo y se adjunta él sin extinguirlo, por lo que el acreedor conservará todas las garantías de las que disponía en la relación obligatoria originaria, para el caso de que, el deudor no cumpliera con la nueva obligación.

La Dirección General de los Registros y del Notariado también se ha pronunciado al respecto, señalando que “la dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos”³⁹.

A nuestro entender, la dación en pago –como ya hemos indicado - es un contrato nominado y atípico que goza de características complejas y, que nace en virtud del principio de autonomía de la voluntad con el fin de extinguir una obligación -que se encuentra en el plano del incumplimiento- mediante la entrega de una prestación distinta a la previamente pactada. Además, a diferencia de BELINCHÓN⁴⁰, consideramos que posee los elementos esenciales que un contrato necesita: el subjetivo –acreedor y deudor-, el objetivo –la prestación en que consiste la dación en pago-, y el casual –la extinción de una obligación mediante la entrega de un *aliud pro alio*, dando preponderancia al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, sobre el principio de identidad de la prestación del artículo 1116 CC-.

Asimismo, cuándo la dación se produzca nos encontraremos en un momento de incumplimiento de la prestación contenida en el contrato y, por tanto, en la esfera del incumplimiento de las obligaciones. Pues si el acuerdo para realizar una prestación distinta a la pactada se realizara antes de estar la obligación primitiva vencida y ser exigible no estaríamos ante un contrato por el cual se pacta un *aliud pro alio*, sino ante una convención novatoria por cambio de objeto.

³⁹ Resolución DGRN de 28 de enero de 1999.

⁴⁰ BELINCHÓN ROMO, M^º. R., La dación en pago..., cit., p. 27: la postura de la autora, es distinta a la nuestra. En este sentido, critica que la dación sea considerada un contrato, pues para la autora si bien la *datio* disfruta del elemento subjetivo y objetivo que necesita un contrato, no tiene causa propia sino que es causa de otra obligación la cual trata de extinguir. Además, parte de la base, que las obligaciones han de cumplirse en los términos establecidos en el contrato. Por ello, si se quiere cambiar el contenido del mismo –en este caso su prestación- se necesita el consentimiento del acreedor y deudor, sin que signifique que estemos ante un contrato, sino algo necesario. Así pues, entiende que este acuerdo tendrá naturaleza negocial, pero no contractual. Además, cuándo la dación se produzca nos encontraremos en un momento de incumplimiento de la prestación contenida en el contrato, y por tanto en “la esfera del incumplimiento de las obligaciones”. Por lo que no tiene sentido que el acreedor quiera constituir un nuevo contrato con ese deudor, concediéndole un tiempo, para realizar una prestación distinta a la pactada.

4) Como una modalidad de pago

Otra de las teorías que encontramos en la doctrina y jurisprudencia es aquella que identifica la dación en pago como una modalidad de pago.

LATOUR BROTONS⁴¹ entiende que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones por sustitución de la prestación inicial, con características y requisitos propios que la caracterizan. Además indica que se trata de un subrogado del pago cuyos efectos son la extinción de la obligación primitiva y la consiguiente liberación de los fiadores aunque el acreedor perdiera la cosa por evicción.

En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE ⁴² quien estima que la dación en pago es un subrogado del pago, por lo que al aplicarle los mismos efectos que al pago, no puede ser otra cosa que una modalidad de este.

También encontramos alguna sentencia del Tribunal Supremo que se ha manifestado favorable a esta postura, así, la STS de 25 de mayo de 1999 la cual reza que la dación en pago "(...) es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (...)" (RJ 1999/ 4057).

La mayoría de autores⁴³ que contradicen esta tesis se basan en el artículo 1157⁴⁴ CC, el cual dispone que el pago consiste en el cumplimiento de la prestación definida previamente por las partes. Mientras que la dación en pago rompe con el principio de identidad de la prestación, admitiendo un *aliud pro alio*.

A nuestro juicio, estas críticas no tienen sentido en la medida en que el artículo 1157 CC sólo supone un escudo del acreedor frente al deudor, que realiza una prestación distinta a la pactada contra su voluntad. Es por ello, que siempre que existe acuerdo de voluntades hay un verdadero pago, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, esa oportunidad de modificar el modo de extinguir la obligación primitiva, mediante el pago de una cosa distinta a la pactada, nace de un contrato entre las partes.

5) Negocio jurídico de características complejas

Quizás la falta de regulación y la heterogeneidad de opiniones que encontramos en la doctrina han hecho que la más reciente jurisprudencia catalogue la *datio* como un

⁴¹ LATOUR BROTONS, J., "Notas sobre la dación en pago", *RDP*, 1953, pp. 625 y ss., citado por BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago ...*, cit., p. 36

⁴² Nombrado por BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago ...*, cit., p. 37

⁴³ Tales como Sastre Papiol en *La dación en pago...*, cit., p.12, o Fernández Rodríguez en "Naturaleza jurídica de la Dación en pago", cit., p. 784

⁴⁴ Art. 1157 CC: "No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entrado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía".

negocio jurídico complejo que comparte características propias de distintos negocios jurídicos.

Así la STS de 9 de abril de 2014 (RJ 2014/2597) nos dice que “la dación en pago supone un concierto de voluntades entre el deudor y acreedor por el que este consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Negocio que, como ha recordado esta Sala, es complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.”

3. ELEMENTOS

Tampoco en el análisis estructural de la dación en pago la doctrina es pacífica. Ahora bien, los elementos esenciales de la *datio* son: la preexistencia de una obligación primitiva; el elemento consensual de la dación en pago; el *animus solvendi*; el traspaso efectivo de la propiedad del bien o el ingreso en el patrimonio del acreedor de la nueva prestación.

- Preexistencia de una obligación válidamente constituida y exigibilidad de la misma.

El primer elemento esencial de la dación en pago se refiere al vínculo obligacional que une al acreedor y deudor, es decir, a la obligación primitiva que da sentido a la *datio in solutum*, pues es precisamente esta obligación la que se pretende extinguir a través de la mentada figura.

La obligación primitiva debe estar válidamente constituida y no adolecer de ninguna de las causas de nulidad de las obligaciones ya que en tal caso la dación sería nula de pleno derecho. Si por el contrario, en la obligación preexistente, concurre alguna de las causas de anulabilidad, la dación conlleva la convalidación⁴⁵ de los vicios que padeciera.

Además, para que pueda operar la *datio*, la relación obligacional que se trata de extinguir ha de estar vencida y ser exigible⁴⁶. Sin embargo, existen posiciones doctrinales, como la de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁴⁷, que consideran que el elemento consensual de la dación puede darse en cualquier momento anterior al vencimiento y exigibilidad de la obligación primitiva.

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La imputación de pagos*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, p. 222.

⁴⁶ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 160.

⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Naturaleza jurídica de la Dación en pago”, *ADC*, 1957, nº20, pp.753-797, p. 784.

A nuestro juicio, como ya dijimos, esta última postura parece más próxima al ámbito de la novación objetiva del artículo 1203.1 CC⁴⁸ que al de la dación en pago.

- El elemento consensual de la dación en pago.

Estimamos que el elemento consensual de la dación en pago -aceptado por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia- es uno de sus elementos fundamentales⁴⁹.

Atendiendo al tenor del artículo 1166 CC⁵⁰, el deudor no podrá obligar a su acreedor a recibir una prestación distinta de la previamente pactada. Para variar la prestación primitiva es necesario un nuevo consenso, no cabe modificación unilateral (principio de identidad de la prestación).

De tal manera que, como acertadamente afirma BELINCHÓN⁵¹, obligar al acreedor a recibir un *aliud pro alio* “daría lugar a un incumplimiento de la obligación por pago ineficaz, provocando, de este modo, la insatisfacción objetiva y subjetiva de la parte acreedora”. En caso de consentimiento, primaría la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC sobre lo dispuesto en el artículo 1166 CC.

- La realización inmediata del *aliud* por parte del deudor: *Animus solvendi*.

En este punto es relevante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

Para aquellos que consideran la dación en pago como un contrato, el *ánimus solvendi* sería la causa propia del contrato.

Ahora bien, incluso aquellos que reniegan la naturaleza contractual de la *datio*, como BELINCHÓN, parecen admitir que uno de sus elementos fundamentales es el *ánimus solvendi*, esto es, que la nueva prestación acordada ha de celebrarse con el propósito de extinguir la obligación primitiva a título de pago.

Para LACRUZ MANTECÓN⁵², el *ánimus solvendi* marca la diferencia de la dación en pago con respecto a otras figuras jurídicas que constituyen modos de extinguir las obligaciones, como podría ser la novación, en la que la nueva obligación nace para

⁴⁸ Art. 1203.1 CC: “Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales.”

⁴⁹ Ello deberemos recordarlo cuando hablemos de las ejecuciones hipotecarias. Sobre todo, de aquellas peticiones populares que nos encontramos en la actualidad como es “la dación en pago obligatoria con efectos retroactivos” que solicita la Plataforma de afectados por la hipoteca.

⁵⁰ Art. 1166 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.”

⁵¹ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 161.

⁵² LACRUZ MANTECÓN, M L., “La moderna dación en pago”, *RDC*, Vol. I, 2014, núm. 3, pp. 89-103, p. 93.

ocupar el lugar de la primera y es obvio que cuando esa nueva obligación se cumpla quedará extinguida por los efectos que le son propios.

En cuanto a la realización inmediata del *aliud*, para BELINCHÓN⁵³, la prestación ha de realizarse inmediatamente después del acuerdo entre las partes. De lo contrario, nos encontraríamos ante una mera promesa de dación en pago o en el campo de la novación objetiva. Esto se debe a que si la dación en pago es un subrogado del cumplimiento, sólo mediante el pago a través del *aliud* se extinguirá la obligación principal produciendo el nacimiento de la *datio in solutum*.

Si bien otros autores de nuestra doctrina como MARÍN GARCÍA DE LEONARDO o FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, admiten la posibilidad de que el acuerdo y la realización no tenga lugar de forma inmediata.

A nuestro entender aceptar esta última posibilidad supondría desechar a la dación en pago como un subrogado del cumplimiento para situarla en el campo de la novación objetiva quedando, por tanto, la obligación primitiva extinguida y sin posibilidades de ser exigida nuevamente en caso de incumplimiento.

- La perfección de la *datio*. El traspaso efectivo de la propiedad del bien o el ingreso en el patrimonio del acreedor de la nueva prestación como presupuesto para el despliegue de eficacia.

La cuestión clave en este punto es esclarecer cuándo se perfecciona la dación en pago y, por tanto, cuándo la dación despliega los efectos que le son propios.

Para una parte de la doctrina, entre los que se encuentran FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DÍEZ PICAZO y FÍNEZ, la perfección de la dación en pago se produce con el acuerdo consensual de las partes.

Para estos autores la realización del *aliud* no es un elemento constitutivo de la dación en pago. Así pues, y como argumenta DÍEZ-PICAZO, la regla general en nuestro derecho positivo -en base a los artículos 1254⁵⁴ y 1258 CC⁵⁵- es la de la consensualidad, siendo el carácter real de un contrato la excepcionalidad. Es por ello que, para el autor, la dación en pago es un contrato que se perfecciona con el consentimiento.

⁵³ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 171.

⁵⁴ Art. 1254 CC: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."

⁵⁵ Art. 1258 CC: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

Otros autores, como ALBALADEJO y SERRANO ALONSO, entienden que no basta con el consentimiento o el acuerdo de las partes para que la dación quede perfeccionada, sino que será necesario que el deudor realice el *aliud*, siendo este el elemento constitutivo de la *datio in solutum*.

Así ALBADALEJO⁵⁶, como defensor de la perfección real de la dación, nos indica que la posibilidad de realizar un *aliud pro alio* se alcanza mediante la celebración de un contrato entre el acreedor y deudor junto a la inmediata realización de la nueva prestación, “pues si esta en vez de realizarse, únicamente se promete, entonces hay realmente novación porque se cambia, bien una obligación por otra, bien la prestación debida por otra”. Es por ello, que mientras no exista entrega o se haya realizado la nueva prestación, la *datio* no se encontrará perfeccionada.

Para BELINCHÓN⁵⁷ ninguna de estas posturas es la acertada, la autora considera que la dación en pago no es un contrato, ni real ni consensual, sino un modo de extinción de las obligaciones que actúa como un subrogado del cumplimiento. Este subrogado se encuentra formado por dos elementos esenciales: el consensual y el real. El elemento consensual trata de derogar el principio de identidad de la prestación, recogido en el artículo 1166 del CC⁵⁸, y el real produce el efecto que se persigue mediante la dación, esto es, la extinción de la obligación primitiva. Esta pretendida extinción, solo se podrá producir con la realización del *aliud*, ahora bien, sin que ello suponga el nacimiento de una nueva obligación, sino que simplemente es una nueva prestación que viene a sustituir y extinguir la primitiva en el momento en el que el deudor realiza el *aliud* de forma válida y eficaz.

A nuestro entender la tesis que adoptemos respecto a la perfección consensual o real de la *datio* no será cuestión baladí, ya que los efectos y las consecuencias jurídicas del negocio serán muy distintos.

Pensemos en el caso de que el deudor no realizare la nueva prestación, aparecieren vicios ocultos o, incluso, que el *aliud* no fuera propiedad de la persona que lo entrega, perdiéndolo, en consecuencia, el acreedor por evicción.

⁵⁶ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, cit., p. 150.

⁵⁷ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 178.

⁵⁸ Art. 1166 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.”

Si la dación en pago se perfeccionara con el simple acuerdo de las partes, a raíz de los artículos 1258⁵⁹ y del 1849⁶⁰ de nuestro Código Civil, el fiador de la obligación primitiva quedaría liberado desde el preciso instante en que se produce el acuerdo entre acreedor y deudor, incluso si primero perdiera el *aliud* por evicción o el deudor no llegara a prestarlo.

Sin embargo, si el contrato se perfecciona con la *datio rei*, es decir, con la entrega de la cosa, en caso que el acreedor recibiera el *aliud* con vicios ocultos, que lo perdiera por evicción o que el deudor finalmente realizara la nueva prestación pactada, como bien explica ALBALADEJO⁶¹, lo que realmente ocurriría es que la dación sería inválida o inexistente por falta de causa y, por tanto, la prestación originaria junto con sus accesorios –como podría ser la fianza- seguiría latente pudiendo el acreedor exigir su cumplimiento.

4. EFECTOS

1º. En relación con el cumplimiento o incumplimiento

De concurrir todos los elementos referidos en el punto anterior y producirse una válida y efectiva dación en pago, el efecto más importante será la extinción total de la obligación primitiva y sus accesorias.

La razón de ello es que siendo la dación un subrogado del pago que trae como causa un *animus solvendi*, tendrá los mismos efectos que los demás medios de pago previstos en el artículo 1156 CC, y a diferencia de lo que ocurre en la cesión de bienes –en donde se tendrá en cuenta el importe líquido de los bienes cedidos- en la *datio* será indiferente el valor real que tenga el *aliud*⁶².

La parte en la que la doctrina se muestra más discordante es a la hora de determinar los efectos que produce la *datio* en caso de incumplimiento del *aliud*.

Alineándonos con la doctrina dominante -en la que se entiende la perfección de la *datio* con la entrega de la cosa- parece admitirse que si el deudor no cumple con la nueva obligación, es decir, no realiza la nueva prestación, puede el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación principal junto con sus accesorias. Esto es, porque no

⁵⁹ Art. 1258 CC: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁶⁰ Art. 1849 CC: “Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”.

⁶¹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, cit., pp. 148-152.

⁶² STS de 1 de marzo de 1969, “la entrega (de lo que se da en pago) produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación”, (TOL4.275.144).

habiéndose perfeccionado la dación, en ningún momento había llegado a extinguirse la obligación inicialmente pactada.

Más complicada resulta la solución en los supuestos en que tras la entrega del *aliud* o, la realización de la nueva prestación convenida –aún en simple apariencia- se produjera la pérdida por evicción, existieran gravámenes o aparecieran vicios ocultos.

La doctrina y jurisprudencia se plantea si la solución es volver a la prestación inicialmente convenida o, por el contrario, aplicar las normas relativas al saneamiento por evicción (arts. 1474 y ss. del CC).

Hay que indicar que aplicar las normas relativas al saneamiento por evicción no supone identificar la dación con la compraventa –aunque este aparezca regulado en sede de compraventa, concretamente en los artículos 1475 a 1483 del CC-, pues como bien indica SERRANO CHAMORRO⁶³ “las reglas de la evicción se aplicarían, no por su identificación (de la dación) con la compraventa, sino porque se produce una transmisión a título oneroso.”

Los defensores de que el acreedor tendrá derecho a exigir la prestación inicialmente pactada, entre los que se encuentra ALBADALEJO, lo hacen basándose en que el negocio jurídico de la *datio* es nulo o inexistente por falta de causa y, por tanto, nunca llegó a extinguir la obligación primitiva, persistiendo el derecho del acreedor a reclamar su cumplimiento.

Sin embargo, otros como DÍEZ-PICAZO⁶⁴ entienden que si el acreedor recibe la propiedad de una cosa y la pierde, porque un tercero tenía derecho a ella con anterioridad, estará protegido por las normas que regulan el saneamiento por evicción, sin tener derecho a exigir la prestación originaria.

BELINCHÓN⁶⁵ propone una interpretación quizás más acorde a lo que entendemos por justo –si miramos la buena voluntad del acreedor aceptando una cosa distinta a la pactada- y a las posturas mantenidas por los Códigos Civiles más recientes que regulan la dación en pago –Código Civil portugués e italiano-.

En este sentido, la autora otorga una doble vía al acreedor. Por un lado, admite la posibilidad de que este pueda repetir contra su deudor a través de las reglas del saneamiento por evicción o vicios ocultos de los artículos 1474 y ss del CC, considerando de este modo la dación en pago como válida y eficaz. Por otro, también

⁶³ SERRANO CHAMORRO, M^a. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 107.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil...*, cit., p. 85.

⁶⁵ BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago ...*, cit., pp. 224-228.

admite que el acreedor pueda reclamar la prestación primitiva, considerando, por tanto, ineficaz la dación que se celebró para extinguirla⁶⁶.

Desde el prisma jurisprudencial la STS de 23 de Septiembre de 2002 (RJ 2002/7837) se ha pronunciado al respecto indicando que "(...) al no producirse pago efectivo de la deuda no se puede decir que hubo dación, pues el contrato, que reviste características de preliminar (...) no se cumplió. (...) aquí no se ha producido efectiva satisfacción de la deuda ni sustitución en la prestación, con la entrega de la maquinaria, lo que autoriza al acreedor a reclamar la cantidad debida y reconocida, (...) no resulta impeditivo de que el acreedor pueda aceptar en pago lo que sea distinto a lo inicialmente convenido, pero dicha sustitución ha de resultar efectiva en cuanto genera la extinción de la deuda, lo que en el caso que nos ocupa no ha concurrido".

En esta resolución el alto tribunal considera que la dación en pago se puede celebrar en cualquier momento de la vida de la obligación primitiva, siendo considerada esta como de preliminar. Ahora bien, si finalmente no se cumple con la nueva prestación la *datio* no se habrá producido y, por tanto, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación inicialmente pactada.

2º. Efectos de la dación en relación con terceros.

Analicemos ahora, aquello que quizás plantee mayor incertidumbre e inseguridad para cualquier acreedor, esto es, dilucidar si persiste la responsabilidad del fiador o, si por el contrario, una vez acepta una cosa distinta a la previamente pactada, el fiador queda libre como reza el artículo 1849 del CC.

Lo cierto es que las opiniones que encontramos ante esta cuestión no podrían ser más heterogéneas. Aunque consideramos que de quedar libres los fiadores por simple aceptación de la dación en pago pocos acreedores se arriesgarían a aceptarla.

Para algunos autores como SERRANO CHAMORRO o GUILARTE ZAPATERO⁶⁷ la razón del artículo 1849 del CC -el cual libera al fiador una vez el acreedor acepta el *aliud* en pago de una deuda- se basa en impedir que este garantice una obligación

⁶⁶ Para llegar a esta conclusión interpreta que cuándo el artículo 1849 CC dispone que, una vez aceptada la dación en pago, la fianza no renacerá aunque el acreedor pierda los bienes dados en pago -quedando por tanto los fiadores liberados- está admitiendo implícitamente la posibilidad de que renazca la prestación primitiva. Pues la protección por la que el fiador no puede -como norma general- quedar vinculado a garantizar la dación en pago ni ninguna otra obligación en la que no se haya contado con su consentimiento ya está cubierta por el artículo 1835 de nuestro Código Civil. Dicho de otro modo, para la autora el precepto lo que está queriendo decir es que aunque renazca la obligación primitiva, los fiadores quedarán liberados.

⁶⁷ GUILARTE ZAPATERO, V., "Artículo 1.849 ", en M. Albadalejo (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pp. 373-385

durante un plazo incierto. Obligación que, por otro lado, ha nacido de un convenio en el que él no ha intervenido.

En base a esto, SERRANO CHAMORRO⁶⁸ afirma que “siempre que la cosa, cualquiera que sea su naturaleza, sea aceptada voluntariamente por el acreedor en pago de la obligación fiada se extingue la obligación en garantía”.

Ahora bien, aunque el tenor literal del artículo 1849 CC⁶⁹ parece indicar que el fiador queda liberado desde el momento en que el acreedor “*acepta*” el inmueble o cualquier otra cosa como medio de pago, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia considera que cuándo mentado precepto habla de aceptación no pretende referirse al momento en el que el acreedor acepta el *aliud*, sino cuándo efectivamente lo recibe en pago de la deuda, pues es precisamente en ese momento cuándo se perfecciona la *datio rei*.

Así, como nos dice GUILARTE ZAPATERO, “(...) el precepto, en su referencia concreta a la fianza, está aludiendo implícitamente a la entrega al emplear el término “*acepta*” (...) el legislador quiere dar por extinguida la obligación accesoria si el acreedor ha aceptado la entrega de la cosa, aunque no lo diga expresamente, pues sólo entonces la dación ha producido el verdadero efecto del pago”.⁷⁰ Ahora bien, el autor también entiende que esa liberación del fiador no se encuentra justificada si el acreedor llega a revivir válidamente la obligación primitiva.

De ser así, nos planteamos si realmente el artículo 1849 tiene mucho sentido, en tanto en cuanto, el fiador ya queda protegido por la regla establecida en el artículo 1.835 CC, la cual -y entendiendo a la dación como una transacción- le protege impidiendo que se vea compelido a garantizar una obligación distinta a la inicial contra su voluntad.

DÍEZ-PICAZO⁷¹ apoya la liberación del fiador ya que si, como el mismo defiende, la única solución del acreedor es acudir a las reglas del saneamiento por evicción previstas en el artículo 1475 CC, las garantías no pueden revivir.

A nuestro juicio, defender esta postura implicaría entender la dación en pago como una novación objetiva a través de la cual la prestación primitiva es modificada por el *aliud* desde que las partes la acuerdan, algo que, por otro lado, está en contra de la

⁶⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a. E., Entrega de cosa..., cit., p. 109.

⁶⁹ Art. 1849 CC: “Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”.

⁷⁰ GUILARTE ZAPATERO, V., “Artículo 1849”, cit., p. 381.

⁷¹ DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil...*, cit., p. 256.

postura mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia –que entienden la perfección de la *datio* con la entrega de la cosa-.

En el lado opuesto tenemos autores como ALBALADEJO⁷², quien considera que lo que realmente el artículo 1849 CC protege es al fiador de responder por aquello que se ha dado en pago. Pero siendo inválida la dación en pago -puesto que la pérdida del *aliud* por evicción prueba que realmente no se cumplió la nueva prestación- el precepto no impide que el fiador responda del incumplimiento de la obligación primitiva, que “sigue subsistente por invalidez de la dación”.

También se postula en este sentido BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO el cual estima que, en la medida en que el bien no ha integrado en el patrimonio del acreedor la dación ha sido nula y, por tanto, sigue latente la antigua prestación junto con todas sus garantías. De tal modo que, “si a consecuencia de la evicción no se produce el traspaso de propiedad, la dación en pago es nula y la obligación anterior resurge en la misma forma en que estaba con todas sus garantías”⁷³.

BELINCHÓN, sin embargo, nos sorprende nuevamente con su interpretación de la dación en pago, distinta a las posturas doctrinales comentadas hasta el momento. Así, para la autora la dación en pago despliega dos efectos distintos. Uno a las partes afectadas por la dación en pago –el deudor y el acreedor- y, el otro, a las terceras personas –como podrían ser los fiadores-.

En referencia a los primeros, la dación solo desplegará sus efectos jurídicos en el momento en que se encuentre perfeccionada, esto es, con la realización efectiva de la prestación. Sin embargo, para los segundos, comenzará a desplegar los efectos que le son propios desde el mismo instante en el que el acreedor acepta la dación en pago, quedando entonces libres los fiadores. Vemos pues, que si bien desecha la perfección consensual de la dación en pago -puesto que es una firme defensora de la *datio rei*- sí admite efectos jurídicos para los terceros –en virtud del artículo 1849 CC- desde el preciso instante en que el acreedor acepta la misma. Además, entiende que de no tomar esta postura “(...) estaríamos admitiendo implícitamente y a pesar del mandato de la norma (art. 1849 CC), la no extinción de la fianza, pues si se admite que el fiador quede vinculado, hasta que el deudor realice la prestación nueva, esta, la fianza, no se extinguirá en el supuesto en que el deudor provocase una situación de incumplimiento al no realizar esa nueva prestación, de modo que seguiría vinculado a pesar de que él no prestó su consentimiento para que esa dación despegase sus efectos.”

⁷² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II...*, cit., p. 152.

⁷³ Citado por BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago...*, cit., p. 218.

II. ANTECEDENTES

En este segundo capítulo analizaremos la dación en pago desde una perspectiva histórica. Como indica el artículo 3.1 de nuestro Código Civil, las normas han de interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas. Es por ello, y más cuándo nos encontramos ante una figura atípica, que debemos analizar los antecedentes histórico-jurídicos. Sólo así podremos adquirir un conocimiento abstracto de la figura que ayude a comprender si las razones que dieron lugar a la aparición de esta, hace dos milenios, se suceden en la actualidad y, por consiguiente, puede ser aplicada e interpretada de una manera, sino igual, sí similar conforme al actual contexto legislativo y social.

1. LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ROMANO

Es de destacar el pragmatismo, sensibilidad social y capacidad de los juristas romanos para encontrar soluciones a los problemas que se les planteaban. Quizás por ello, gran parte de nuestro Derecho Civil ha sido heredado del antiguo Derecho romano.

El origen⁷⁴ de la dación en pago o *datio in solutum* se remonta a las Novelas de Justiniano, si bien, para algunos autores el auténtico antecedente de la figura se encuentra en las medidas adoptadas por Julio César en el año 49 a.C. para satisfacer a ciudadanos titulares de créditos que, a su vez, fueron partidarios suyos en la guerra contra Pompeyo y que se encontraban en dificultades para cobrar determinados préstamos a sus deudores a causa de las dificultades económicas debidas a las continuas guerras Civiles.

En particular, la concreta expresión "*datio in solutum*", a la hora de hacer referencia a la dación en pago como forma de extinción de las obligaciones, no aparece como tal en las fuentes romanas, sino que es producto de la tradición jurídica romana de la Europa medieval y renacentista, siendo Acursio (1185-1263) el primero en emplear el término "*datio in solutum*"⁷⁵. De este modo, como señala SACCOCIO⁷⁶, las fuentes romanas utilizarán los términos "*solutio*" o "*solvere*" para referirse a la extinción de una obligación mediante la prestación de un *aliud*.

⁷⁴ BLANCH NOUGUÉS, J M^a., "Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos Civiles iberoamericanos", *REVISTA JURÍDICA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (RJUAM)*, núm. 21, 2010, p. 36.

⁷⁵ BLANCH NOUGUÉS, J M^a., en "Acerca de la *datio* ...", cit., pp. 36-37.

⁷⁶ Citado por BLANCH NOUGUÉS, J M^a., en "Acerca de la *datio* ...", cit., p. 36.

1) La dación en pago voluntaria

La mayor parte de los autores⁷⁷ consideran que el origen de la dación en pago se remonta a la época de la República, en torno al siglo I a.C. Igualmente, gracias a los escritos dejados por Gayo y a textos del Digesto, se tiene constancia que en esta época la dación en pago fue una institución jurídica muy utilizada a los efectos de extinguir las obligaciones surgidas en el ámbito agrario, donde los campesinos debían realizar entregas de trigo⁷⁸ a los efectos de hacer frente al pago de sus deudas dinerarias.

Hasta la época de la República, se defendía el principio *aliud pro alio invicto creditore solvi non potest* en base al cual la obligación no quedaba satisfecha en tanto en cuanto no se realizara la prestación inicialmente convenida. Así, Ulpiano⁷⁹ defendía que no existe cumplimiento si el deudor realiza una prestación distinta a la debida.

Es a partir de finales del siglo VI a.C., cuando se abre la posibilidad de que el deudor con falta de liquidez para cumplir la obligación que asumió procure, al menos, la *satisfactio* del acreedor ofreciéndole un *aliud pro alio*, eso sí, siempre con el acuerdo del acreedor⁸⁰.

La necesidad de que el acreedor acepte la entrega de una cosa distinta a la pactada, para que la deuda quede saldada, queda patente en varios fragmentos del Digesto de Justiniano tales como: D. 12, 1, 2, 1 “No puede pagarse una cosa contra la voluntad del acreedor (...)”; D: 13, 7, 9, 3 “Entendemos por haberse satisfecho (la obligación), de cualquier modo que haya aceptado el acreedor, aunque no se haya pagado (...)”.

2) La dación en pago necesaria como un *ius singulare* en la época clásica (S. I d.C).

El origen de esta *datio in solutum necessaria* la encontramos en la Novela 4,3 de Justiniano⁸¹ en un contexto de grave situación económica y social motivada por la costosa y larga guerra contra los persas, unida a las campañas militares en Occidente.

⁷⁷ Tales como BLANCH NOUGUÉS o MELILLO

⁷⁸ MELILLO, G. *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, p. 136.

⁷⁹ D. 50, 16, 176: “*solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*” o lo que es lo mismo, si el deudor ejecuta una prestación distinta a la debida, no hay cumplimiento.

⁸⁰ BLANCH NOUGUÉS, J M^a., “Acerca de la *datio ...*”, cit., p. 34.

⁸¹ Nov. 4,3: (...) Si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas este no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviese bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamando de todos modos dinero, pero a aquél no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero. Mas si no se presentara ningún comprador de los bienes inmuebles de aquél (...) hecha escrupulosa estimación de los bienes del deudor, se les dé a los acreedores posesión de inmuebles con arreglo a la cuantía de la deuda con la misma caución

El texto justiniano establece un tipo especial de dación en pago dirigida a evitar un procedimiento de ejecución patrimonial sobre el deudor insolvente, buscando el equilibrio entre el trato a favor dado al deudor y los propios intereses del acreedor. Además, articula un mecanismo mediante el cual -en caso de que el deudor no disponga de la cantidad líquida adeudada ni de bienes muebles y tras haber intentado la venta de sus inmuebles de forma infructuosa- los jueces deben realizar un inventario con los bienes en posesión del deudor y hacer entrega de aquellos de mayor valor al acreedor, dejando los de menor al deudor, todo ello con la finalidad de que con la venta de éstos se verifique una dación en pago.

Vemos pues, que la dación en pago necesaria supone una excepción respecto a la regla general, a través de la cual el legislador dispone e impone una solución a espaldas de la voluntad del acreedor y, por tanto, ajena al principio de libertad contractual. Algo realmente singular en el ordenamiento jurídico romano.

Ahora bien, para algunos autores, esta dación en pago “coactiva” no nace con Justiniano, sino que su antecedente más remoto se encuentra en las antes referidas, medidas de Julio Cesar el año 49 a.C., cuándo con motivo de la recesión económica que provocaron las continuas guerras en las que se encontraba inmerso, ordenó la satisfacción de las deudas a los acreedores -partidarios suyos en la guerra contra Pompeyo- a través de la *traditio* de los bienes muebles o inmuebles de sus deudores⁸².

Queda patente pues, que en aquellos momentos en que el Imperio Romano se ha visto inmerso en una grave crisis económica se ha planteado la virtualidad jurídica de una dación en pago necesaria, para, de algún modo, aliviar a aquellos “deudores infelices” (como dice la Novela de Justiniano⁸³) que no pudiendo afrontar el pago de sus deudas por falta de liquidez, son poseedores de bienes con un cierto valor económico que, por otro lado, no consiguen sacar al mercado a causa de la recesión económica.

Justiniano ofrece a través de la *datio in solutum necessaria* una solución que, en su opinión, respetaba el equilibrio contractual ya que se defendía por una parte los

con que pueda dar el deudor (...) dénese al acreedor los que ciertamente son mejores, y déjese que queden después el pago de la deuda en poder del deudor los que son peores (...).

⁸² VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas”, *RDP*, núm. 20, 2011, pp. 49-101, p. 65.

⁸³ Nov. 4,3: “(...) decidiendo nosotros con clemencia y al mismo tiempo legalmente lo que con incuria y amargo efecto determinaría al acreedor y al deudor, auxiliamos a los infelices deudores, y no les parecemos duros a los acreedores rigurosos, señalándoles un medio, al que, si persistieran en no ser obedientes, llegarían, sin embargo, de todos modos”.

intereses del acreedor –otorgándole los bienes de mayor valor- y los del deudor que quiere y no puede pagar –con base razones humanitarias-⁸⁴.

Lo cierto es que, como dice VILLA ROSAS, la Novela 4,3 chocaba de pleno con el principio *aliud pro alio invicto creditori nemo solvere potest* recogido en distintos textos jurídicos romanos (D. 12,1, 2, 1; Gai. 3, 168; I. 1, 3, 29)⁸⁵.

Ahora bien, como hemos referido anteriormente, se trataba de un *ius singulare*, es decir, una norma extraordinaria para solucionar una situación coyuntural de un periodo concreto en el que el incumplimiento de las obligaciones se había generalizado por la grave situación económica que atravesaba el Imperio.

Años después, sobre el 544 d.C., Justiniano promulga la Novela 120, 6, 2. Esta, a diferencia de la anterior, con alcance general, estará encaminada a “defender y promover la existencia de las llamadas *Piae Causae* que consistían en las *venerabiles domus*, esto es, establecimientos cristianos destinados a la beneficencia pública”⁸⁶. Estos establecimientos cristianos tenían un tratamiento privilegiado, pues para la gestión de los créditos disponían de un procedimiento extrajudicial tutelado por las autoridades eclesiásticas e iniciado a instancia de la *venerabilis domus* y no del acreedor –como era común- para el caso de que no tuviera bienes muebles con los que hacer frente a sus deudas. Este procedimiento extrajudicial se dividía, a grandes rasgos, en tres fases. La primera consistía en dar a los acreedores una cosa inmueble en prenda especial para que hagan suyos los frutos y los imputen primero al capital debido, y posteriormente a los intereses. La segunda, para el caso de que esas “*Piae causae*” no quisiera saldar de ese modo la deuda, y tras realizar ciertas formalidades, deberían publicar durante veinte días un bando donde se exponga los bienes inmuebles en venta, a modo de subasta. Y finalmente, si no se encuentra comprador se abriría el recurso que nos ocupa, la dación en pago. Es decir, el acreedor sería conminado a aceptar *pro soluto* la posesión de los bienes inmuebles ofrecidos por las *venerabilis domus*. Además, el *aliud* no debía ser el de mayor valor –como en el caso de la Novela 4, 3-, sino de una calidad media de entre los que poseía en propiedad la parte deudora.

Con esta medida excepcional no solo se conseguía ese cierto equilibrio, antes referenciado, entre el deudor y el acreedor, sino que se permitió que los deudores pudieran extinguir sus deudas y satisfacer sus obligaciones en una coyuntura en que

⁸⁴ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio...*”, cit., p. 64.

⁸⁵ SACCOCCIO citado por VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio...*”, cit., p.64.

⁸⁶ BLANCH NOUGUÉS, J M^a., “Acerca de la *datio ...*”, cit., p. 46.

la realización de los bienes a un precio justo era realmente difícil por la escasez de trabajo y la crisis económica.

2. REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO EN EL *IUS COMUNE* Y SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA

Sobre el S XI-XII nace en Italia una corriente de pensamiento jurídico, el *Ius Comune*, que se basa en la recuperación y recopilación del antiguo Derecho romano compilado por Justiniano en el S. VI y, su posterior análisis y estudio por glosadores y comentaristas. Estos estudiosos reinterpretan el Digesto y creen ver en él una *datio in solutum necessaria* general, cuando en realidad no es así –puesto que, como ya vimos, esa dación en pago necesaria se crea en una coyuntura económica concreta para aliviar a los deudores y facilitar el cobro del crédito a los acreedores-. Sin embargo, cala la visión general y se recrea en la doctrina de la Baja Edad Media y del Renacimiento, la figura de la dación en pago necesaria de Justiniano⁸⁷.

Esta corriente de pensamiento, con origen en Italia, influirá en el Derecho castellano, de forma que hallamos en el Fuero Real de Alfonso X el Sabio el antecedente más remoto de la actual dación en pago. En el texto encontramos dos referencias que bien podrían asimilarse a la dación en pago necesaria. La primera de ellas, siguiendo la consideración de SERRANO CHAMORRO⁸⁸ y MARIN GARCÍA DE LEONARDO⁸⁹, aparece de forma implícita en el libro II, Título X, Ley XV⁹⁰. Esta norma establece dos criterios, el primero se basa en el principio de identidad de la prestación -puesto que el vendedor ha de entregar al comprador la cosa que le vendió-. El segundo establece que en caso de imposibilidad, por parte del vendedor, de entregar aquello que se estipuló en el contrato, el acreedor/comprador no puede obligar al vendedor a entregarle una cosa de mayor valor o devolverle el dinero que le entregó. Si bien, consideramos que este segundo inciso – que comienza diciendo “*casi por aventura no la pudiere hacer*”- regula el riesgo de pérdida fortuita de la cosa en caso de compraventa, eximiendo al acreedor de satisfacer al deudor, y no una dación en pago como opinan los autores referidos.

⁸⁷ Así Baldo de Ubaldis o Jasón del Maino idearon el *beneficium dationis in solutum* en virtud del cual si el deudor no puede cumplir su obligación en los términos establecidos puede ofrecer al acreedor –bajo ciertos requisitos- un *aliud pro alio* que debe ser aceptado por el acreedor. (BLANCH NOUGUÉS, J M^a., en “Acerca de la *datio ...*”, cit., p.48).

⁸⁸ SERRANO CHAMORRO, M^a. E., Entrega de cosa..., cit., p.13.

⁸⁹ MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T. “Consideraciones sobre la dación en pago”, RCDI, núm. 581, 1987, pp. 977-1020, p. 981.

⁹⁰ “Como es tenuto el vendedor de dar la cosa que vendio al comprador. El vendedor, después que la vendita fuere cumplida derechamente sea tenuto de dar la cosa que vendiere a aquel que lo compró, si la pudiere hacer; casi por aventura no la pudiere hacer, no es derecho que sea constreñido a darle más de la valía, o tornarle el precio que rescibió del comprador, qual más quisiere aquel que la compra”.

A nuestro entender más clara es la referencia que encontramos en el Fuero Real (a la *datio in solutum* necesaria) en su Libro III, Título XX, Ley XVI⁹¹. Este precepto conmina al acreedor a aceptar un *aliud pro alio* en caso de imposibilidad de pago.

Ahora bien, es en Las VII partidas donde se contiene una regulación más extensa de la dación en pago con carácter necesario. Así, en la Partida 5 del título XIV, Ley 3^a ⁹², después reafirmar el principio de identidad de la prestación, se admite la entrega de un *aliud pro alio* –con la autorización del juzgador–, cuando el deudor no pueda cumplir con la obligación primitiva. Siendo irrelevante el consentimiento o no del acreedor.

Estos textos nos ponen de relieve pues, la clara distinción que tienen con respecto a nuestra la regulación actual en el Código Civil, donde un principio básico del cumplimiento de las obligaciones es el *aliud pro alio, invicto creditori solvi non potest*, o lo que es lo mismo, no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad del acreedor.

Con el nacimiento de la Ilustración y de la Revolución Francesa el principio de la autonomía de la voluntad se impondrá e inspirará a los futuros Códigos Civiles europeos del siglo XIX, no quedando el nuestro indemne, pues como dice ÁLVAREZ DE MORALES⁹³ a mediados del SXIX, era tal la fascinación del Código francés que “tuvo una influencia en Europa, América e incluso Japón, que permite hablar en propiedad de una auténtica recepción del derecho francés”. De este modo, se puede apreciar cómo el artículo 1089 del proyecto del Código Civil de 1981 tiene una redacción idéntica a la recogida en el párrafo primero del artículo 1166 de nuestro actual Código Civil, estableciendo el principio de identidad de la prestación y, en consecuencia, desapareciendo cualquier mención a la *datio in solutum necessaria* o legal. Ahora bien, si se deja una puerta abierta a realizar un *aliud pro alio*, pues como refiere GARCIA GOYENA⁹⁴ “es claro que podrá pagarse una cosa por otra consintiéndolo el acreedor, o cuando así se pactó en el contrato.”

⁹¹ “Sy aquel que es tenuto de pagar algún debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas nono gela pueda demandar”.

⁹² “Pagamento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deuse fazer de tales coss como fueron puestas y prometidas en el pleito quando lo fizieren, e non de otras si nono quisiere aquel a quen fazen la paga. Pero si acaesciesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del judgador del lugar (...).”

⁹³ ÁLVAREZ DE MORALES, A., *Historia de las instituciones españolas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 222.

⁹⁴ GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Maxor, Valladolid, 2010, p.120.

Finalmente el anteproyecto del CC, impreso por la Comisión de Codificación, establece en su artículo 1183 una redacción idéntica a la del actual artículo 1166 con sus dos párrafos. Si bien se infiere, en base a los precedentes que hemos visto que inspiraron a los redactores de nuestro Código Civil, la posibilidad de ignorar el principio del artículo 1166 primando la autonomía de la voluntad.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA DACIÓN EN PAGO EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS INMOBILIARIAS

En la actualidad la dación en pago ha cobrado fuerza como una medida liberatoria para aquellos deudores que, no pudiendo hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias, buscan en esta institución una forma de cumplir con la obligación.

Así en este tercer capítulo analizaremos el sistema de ejecución hipotecario español, las respuestas que ha dado el legislador ante la escalada de ejecuciones hipotecarias y, por último, trataremos de dilucidar si es posible desde un punto de vista estrictamente jurídico conminar al acreedor –esencialmente entidades de crédito- a aceptar un *aliud pro alio*, y romper con dos principios troncales de nuestro derecho Civil en materia contractual, como como son el principio de identidad de la prestación recogido expresamente en el artículo 1166 CC y el principio *pacta sunt servanda* (1091 CC).

1. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Para abordar el problema de la dación en pago es necesario iniciar la exposición analizando sucintamente y en lo que interesa las especiales características de la hipoteca inmobiliaria y el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La hipoteca inmobiliaria, regulada en los artículos 1876 CC y 104 LH⁹⁵ confiere a su titular el llamado *ius distrahendi* sobre el bien que recae la hipoteca, esto es, la facultad de realización del bien gravado al objeto de satisfacer el cumplimiento de la obligación para cuya garantía se hubiere constituido sin tener que acudir previamente a un proceso declarativo.

Así, podríamos definir el préstamo con garantía hipotecaria como aquel contrato por el cual una persona o entidad (normalmente un Banco o Caja de Ahorros) presta una cantidad de dinero a otra usando el valor neto de su vivienda u otro aval como garantía. De modo que, en caso de incumplimiento en el pago pueda el acreedor instar la venta en subasta pública a través del procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

El procedimiento de ejecución hipotecaria que se rige por lo establecido en los artículos 681 al 689 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha sufrido reformas de gran trascendencia relacionadas con la dación en pago, algunas

⁹⁵ Art. 1876 CC y 104 LH: “La hipoteca sujeta directa e inmediately los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.”

con el objetivo de paliar los efectos de la ejecución hipotecaria y aliviar la difícil situación económica que atraviesan muchas familias, otras han venido de la mano de la importante sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

En el proceso de ejecución hipotecaria es relevante clarificar ciertos aspectos: en lo relativo a la subasta, una vez finaliza el trámite de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria, se procede a la convocatoria de la subasta del bien hipotecado (art. 691 LEC). El precio del que partirá esta será el que marque la tasación recogida en escritura pública en el momento de constitución de la hipoteca (art. 682.2.1º).

En este contexto es necesario tener en cuenta el artículo 5⁹⁶ de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario que marca como límite máximo del crédito que pueden otorgar las entidades financieras el 80% del valor de tasación de la vivienda, debiendo aportar el comprador el otro 20%. Ahora bien, ha sido práctica habitual sobrevalorar el inmueble –por parte de tasadoras controladas por las propias entidades financieras- de modo que este 80% en realidad estaba cubriendo el 100% del precio de compraventa o incluso más –algo que se ha intentado subsanar a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reforzando la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito-. Es aquí donde surge el primer problema (y caballo de batalla por parte de juristas y plataformas partidarias de la aplicación de la dación en pago) ya que al haber tasado los inmuebles por un precio muy superior a su valor real y al ser ese valor de tasación el tipo del que partirá la subasta, estas quedan desiertas en muchísimas ocasiones, puesto que pocos compradores están dispuestos a pagar la suma que figura en la tasación. En consecuencia, la entidad crediticia puede adjudicarse el inmueble por un valor muy inferior a su valor real y en muchas ocasiones muy inferior a la deuda pendiente (art. 671 LEC⁹⁷).

El artículo 671 LEC -que regula la subasta sin postor- ha sido objeto de diversas reformas, variándose los tipos mínimos por los que el acreedor puede adjudicarse el

⁹⁶ Art. 5 RMH: “El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.”

⁹⁷ Art. 671 LEC: “Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. (...)”.

inmueble hipotecado, a fin de causar el menor perjuicio posible al deudor ejecutado y obligando al acreedor a pagar una cantidad superior cubriendo con ello mayor parte de la deuda pendiente.

Antes estas reformas se permitía al ejecutante, en caso de subasta desierta, adjudicarse el bien por un 50% del valor en el que partía la subasta, pasando a ser el 60% tras la reforma operada con el Real Decreto-ley 8/2011 de 1 de julio y encontrándose actualmente en un 70% o un 60% en caso que la deuda fuera inferior al 70% del valor del inmueble, tras la reforma operada por la Ley 1/2003 de 14 de mayo.

A nuestro entender, el incremento de un 50% a un 70% es una buena medida que alivia al deudor y penaliza al acreedor que tasó de forma consciente un bien por más de su valor real, obligándole a adjudicarse el inmueble por un 70% de ese valor de tasación si la subasta queda desierta y desea adquirir el bien. Aun así, en muchas ocasiones el precio de adjudicación es notablemente inferior a la deuda pendiente y, por consiguiente, además de perder la vivienda, quedará subsistente la deuda por la diferencia entre el valor de adjudicación del inmueble y la deuda pendiente, debiendo responder el deudor con todos sus bienes presentes y futuros según dispone el artículo 1911 CC (responsabilidad patrimonial universal del deudor) y el artículo 105 LH⁹⁸.

Otra relevante reforma es la que ha venido de la mano de la sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 a raíz de una cuestión prejudicial planteada en auto de 19 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, quien entiende que nuestro procedimiento ejecutivo no se ajusta a la directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, menoscabando la tutela judicial efectiva del deudor ejecutado en base a dos cuestiones cruciales⁹⁹:

⁹⁸ Art. 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 mil novecientos once del Código Civil.”

⁹⁹ La primera cuestión, hace referencia al anterior artículo 695 LEC que únicamente permitía la oposición a la ejecución por: extinción de la garantía o de la obligación garantizada; por error a la hora de determinar la cantidad exigible; y por sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motivase el procedimiento. Es por ello, que en caso de existir otras causas de oposición a la ejecución –v.gr. cláusulas abusivas- la única vía de la que disponía el deudor ejecutado era acudir a un procedimiento declarativo posterior, es decir, una vez ya había perdido la vivienda. Esto, además de colocar al consumidor en una situación de inferioridad y romper el equilibrio contractual frente a la entidad crediticia -que sí tenía la posibilidad de oponerse en el mismo proceso en caso de que la ejecución fuera paralizada por alguno de los motivos que la ley establece (art. 695.4 LEC)– le causaba un perjuicio irreparable, puesto que aun reconociéndose en un proceso declarativo posterior la existencia

- a) La imposibilidad del deudor de oponerse a la ejecución fuera de las causas tasadas sino es a través un proceso declarativo posterior.
- b) La limitación del tribunal de pronunciarse sobre las posibles cláusulas abusivas que pudieran existir.

Así, a través de Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de la deuda y alquiler social, se incorporara como motivo de oposición a la ejecución “el carácter abusivo de una cláusula contractual”.

A nuestro juicio esta reforma, aunque sustancial, es insuficiente, pues el consumidor sigue en una clara posición de desventaja en la medida en que fuera de las causas tasadas no puede paralizar la ejecución, ni el tribunal puede entrar a valorar la cuestión, mientras que la entidad crediticia sí tiene la posibilidad de plantear recurso de apelación en caso de que una resolución judicial acuerde la suspensión de una ejecución hipotecaria, algo que entendemos podría afectar al derecho de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En la misma línea se ha postulado el Tribunal de Luxemburgo en sentencia de 17 de Julio de 2014 manifestando que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria disminuye la protección del consumidor que la Directiva 93/13/CEE pretende proteger.

Ello no obstante, añadir como causa de oposición a la ejecución las cláusulas abusivas ha tenido una especial trascendencia a los efectos de aplicar la dación en pago, pues ha permitido a los tribunales¹⁰⁰ estimar la responsabilidad patrimonial universal como una cláusula abusiva, anularla y, en consecuencia, dar paso a la dación en pago obligatoria.

2. RESPUESTA DEL LEGISLATIVO ANTE LA ESCALADA DE EJECUCIONES INMOBILIARIAS

La primera intervención del legislador en materia hipotecaria fue a través del RDL 8/2011, antes referenciado, aumentado los tipos mínimos por los que el acreedor podía adjudicarse el inmueble hipotecado y el mínimo inembargable. Esta primera reforma demuestra cómo nuestro Gobierno es consciente de que el mercado inmobiliario en España se encuentra en una situación especial y ante ello, es necesario adoptar unas medidas excepcionales en aras de proteger a las familias con

de cláusulas abusivas que justificaban la paralización de la ejecución, esta ya se había efectuado siendo imposible recuperar el bien. Procediendo únicamente un resarcimiento por daños y perjuicios que resulta claramente insuficiente en comparación con el daño causado.

¹⁰⁰ Reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona con fecha 7 de Diciembre de 2016.

menos ingresos, frenando el malbaratamiento de los bienes afectados pero, “manteniendo plenamente... los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario”¹⁰¹.

Vista la insuficiencia de la primera reforma, y ante la profunda crisis económica en que se encontraba (y se encuentra) inmerso nuestro país, muchas personas han desatendido el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de préstamos hipotecarios, provocando que acaben en la calle, sin vivienda, con un grave riesgo de exclusión social y dificultades para vivir de forma digna. Es por ello, que el Gobierno aprueba al año y medio el RDL 6/2012, en el que se introducen mecanismos que permiten la reestructuración de las deudas de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender al pago de sus cuotas, eso sí, cuidándose mucho de mantener intactos los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria “sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario”¹⁰².

Este RDL introduce un Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria, que concede la posibilidad de reestructurar la deuda hipotecaria, efectuar una quita de la deuda o proceder a la dación en pago como último recurso, siempre que el deudor se encuentre en cierto umbral de exclusión. Este umbral lo marca la ley, que establece los requisitos para poder acogerse a esta medida. Requisitos duramente criticados por su rigidez, que limitaba la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Según los últimos datos¹⁰³, a fecha de 22 de abril de 2016 el número de entidades adheridas es de 94 (es decir, la mayoría). Si nos atenemos a los datos del último informe de la Comisión sobre el control de aplicación del Código, en el primer semestre, de 16.276 solicitudes que se efectuaron 5.437 fueron denegadas y 9.507 realizadas, es decir únicamente un 58.41% fueron atendidas. De las atendidas 8.863 concluyeron con una reestructuración de la deuda, 643 con la dación en pago y 1 con una quita.

Si observamos todos los informes desde que se aprobó la norma hasta hoy, se han realizado un total de 41.043 operaciones de las cuales 33.765 finalizaron con una reestructuración de la deuda pendiente, 7 con una quita y en 6.674 casos se acordó la dación en pago. Además, se puede apreciar un claro aumento respecto a las solicitudes recibidas.

¹⁰¹ Disposiciones General 1ª Real Decreto-ley 8/2011.

¹⁰² Preámbulo Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

¹⁰³ VIII Informe de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

Ocho meses después, se aprueba el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, suspendiendo de forma inmediata y por un plazo de dos años los desahucios de aquellas familias que se encontraran en un especial riesgo de exclusión. Es lógico pensar que el gobierno aprobó este decreto confiando en que la situación económica del país mejoraría. El riesgo de exclusión lo establecía la norma, recogiendo una serie de requisitos que se pueden agrupar en tres tipos: requisitos personales del hipotecado, económicos y la cuantía de la cuota hipotecaria. Adicionalmente el decreto incluía un mandato al Gobierno para que iniciara las medidas necesarias e impulsara, junto con el sector bancario, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a “ofrecer cobertura” a aquellas personas que hubieran sido desalojadas de su vivienda. Además, se le debía facilitar el acceso a contratos de arrendamiento con rentas acordes a sus ingresos.

Finalmente, a través de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, se vino a refundir todos aquellos RDL que se habían aprobado de forma urgente hasta el momento otorgando a estas medidas el rango de ley.

3. LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON DERECHO REAL DE HIPOTECA INMOBILIARIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En el ámbito del préstamo hipotecario, como ya vimos, si el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones y si la ejecución del bien hipotecado no fuera suficiente para liquidar la deuda pendiente, la hipoteca no varía la responsabilidad patrimonial universal del deudor que reconoce artículo 1911 CC (artículo 105 LH). Ello no obstante, el artículo 140 LH permite limitar la acción del acreedor a los bienes hipotecados, salvaguardado el resto del patrimonio del deudor. Si bien, pocas entidades de crédito o ninguna, han aplicado este precepto a la hora de otorgar una hipoteca ya que la responsabilidad patrimonial universal es una garantía. En este contexto cabe preguntarse si es posible la dación en pago necesaria u obligatoria como forma de extinción de las obligaciones garantizadas con derecho real de hipoteca inmobiliaria que tanto han exigido distintas plataformas Civiles¹⁰⁴, siendo incluso presentada esta medida por iniciativa legislativa popular¹⁰⁵ en el Congreso con más de 1.500.0000 firmas.

¹⁰⁴ V.gr. Plataforma afectados por la hipoteca.

¹⁰⁵ <http://afectadosporlahipoteca.com/2013/02/12/iniciativa-legislativa-popular-ilp/> (visto por última vez 06-04-2017).

Prima facie nuestro sistema contractual no parece contemplar la posibilidad de imponer la dación en pago forzosa, es más, la concurrencia de voluntades entre el deudor y el acreedor es *conditio sine qua non* para que pueda operar la *datio*. Además, el principio *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 1091 CC¹⁰⁶ establece que lo pactado obliga y tiene fuerza de ley entre las partes. Por ello, es difícilmente comprensible que se pueda aprobar una ley que de forma general anule las obligaciones firmadas libre y conscientemente por las partes y obligue al acreedor a aceptar una cosa que no pactó. Distinto es, que el banco de forma totalmente voluntaria se adhiera al Código de buenas prácticas ya mentado, entonces sí le sería aplicable tal norma y podría llegar a efectuarse una dación en pago si se cumplen los requisitos que la misma ley establece.

Sin embargo, un problema tan complejo y tan extendido –como ha sido el drama de los desahucios- en el que se pueden ver afectados diversos derechos fundamentales¹⁰⁷ necesita un análisis de mayor profundidad, que se hará estudiando los principales argumentos de discusión en algunos pronunciamientos judiciales en los que se ha impuesto la dación en pago como forma de extinguir la obligación.

1) Teoría del abuso de derecho

Ciertos tribunales han estimado que proseguir la ejecución patrimonial una vez realizado el bien hipotecado supone un abuso de derecho por parte de las entidades crediticias. Así tenemos el auto de la AP de Girona núm. 111/210 de 17 de diciembre (AC 2011/1) que, aceptando en un primer momento que no existe abuso de derecho en que la ejecución continúe respecto de los demás bienes del deudor cuando con la realización de los que son objeto de subasta no ha sido suficiente para cubrir la deuda pendiente -puesto que la ley procesal lo permite- entiende que, si el valor de la finca subastada en el momento de la ejecución de la hipoteca es muy inferior al valor por el que se tasó en el momento de conceder el préstamo hipotecario es motivo, entre otras cuestiones, a la “mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias” algo que “ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos”. Es por ello, que aun no existiendo un abuso de derecho formal, ya que la entidad de crédito sigue el proceso legalmente establecido, sí es “moralmente rechazable” que la ejecución continúe con los demás bienes del deudor a causa de la pérdida de valor del

¹⁰⁶ Art. 1091CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”

¹⁰⁷ Como podría ser el derecho a una vivienda digna.

inmueble -que servía de garantía al préstamo- que es directamente achacable a la crisis económica y “fruto de la mala praxis del sistema financiero”. Además, dicho crédito no se habría concedido si esa finca no hubiera tuviera valor suficiente para garantizar el préstamo.

La AP de Girona en auto núm. 119/2011 de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/ 2172) entendió que existía un abuso de derecho por parte de una determinada entidad bancaria que pretendía proseguir con la ejecución patrimonial del deudor tras las realización del bien hipotecado. Así, interpretó que la entidad bancaria en cuestión buscaba obtener un lucro que no entraba dentro de la previsión para la cual debe entenderse que la norma (sobre el proceso de ejecución especial) fue dictada, puesto que “la finalidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente”. Deuda que consideró ya había sido saldada al recibir un bien que el mismo banco valoró en escritura pública por una cantidad superior a la deuda pendiente.

Lo cierto es que este abuso de derecho supone la opinión minoritaria de los tribunales, además el Tribunal Supremo¹⁰⁸ se ha pronunciado al respecto en distintas ocasiones, entendiendo que no existe abuso de derecho cuando el acreedor ejercita las facultades que la ley le concede para reclamar la diferencia entre el total de su crédito y el importe por el que se adjudicó el inmueble.

2) Doctrina de los actos propios

La doctrina de actos propios o *venire contra factum proprium non valet* supone una vinculación al autor a una declaración de voluntad, sin que pueda después adoptar una postura contraria que atentaría contra la buena fe y la confianza depositada en el comportamiento ajeno¹⁰⁹. En este sentido, han sido varios los pronunciamientos judiciales¹¹⁰ que han entendido que si el banco tasa la finca en una cuantía determinada, no puede luego, sin contravenir dicha doctrina, incorporar como propio el bien subastado por un valor distinto e inferior al que el mismo fijó.

3) Enriquecimiento injusto

La AP de Girona en auto núm. 119/2011 de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/ 2172) fue pionera en entender que existía enriquecimiento injusto por parte de una entidad

¹⁰⁸ V.gr. STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/ 3438) y STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2008/ 5570).

¹⁰⁹ STS de 21 de abril de 1988 (RTC 1988/73).

¹¹⁰ Auto AP Navarra de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/ 1) y auto AP Girona de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/ 2172).

bancaria que, tras haber realizado el bien hipotecado, continúa con la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor. Este tribunal considera que si se realiza una interpretación formalista del artículo 579 LEC, la entidad de crédito, además de ingresar en su patrimonio un bien que el mismo valoró en una cantidad superior al préstamo que otorgó –pero que se ha adjudicado con un valor muy inferior al quedar desierta la subasta- obtendría otras cantidades que no le corresponden. Lo cierto es que esta resolución parece contradecir la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹¹, que señala que no puede existir enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial “es consecuencia de expresa disposición legal” incluso cuando se pueda apreciar “una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación”. Sin embargo, sí ha entendido que puede existir un enriquecimiento injusto cuando tras la realización y adjudicación del inmueble, en un lapso de tiempo “relativamente próximo” obtiene una “plusvalía muy relevante” del bien realizado, “pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor” (STS de 13 de enero de 2015 (RJ 2015/26)).

A nuestro entender, el abuso de derecho, la doctrina de actos propios y el enriquecimiento injusto son argumentos basados más en la moralidad y en la justicia desde un plano materialista que en una interpretación formalista de la ley. Y es cierto que el juzgador no se puede abstraer, a la hora de dictar sentencia, de sus convicciones personales, éticas y morales, pero estas no pueden ser parte primordial y regir el sentido de sus sentencias, atribuyéndose competencias que no le corresponden. Pues como ya ha dicho el Tribunal Supremo¹¹² en varias ocasiones “no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas” y “por mucho que la solución legislativa no sea la deseable, si es la aplicable”. Tampoco consideramos que se imponga aquí una dación en pago coactiva, sino una cesión de bienes en tanto en cuanto lo que han hecho los tribunales es valorar el bien en un valor muy superior al de la adjudicación en la subasta, y es por ello que estiman la deuda saldada.

¹¹¹ STS de 31 de julio de 2002 (RJ 2002/ 8436): “es preciso negar la concurrencia del último cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de una expresa disposición legal”; STS de 8 de julio de 2003 (RJ 2003/ 4334): No se puede estimar que exista enriquecimiento injusto cuando se ha seguido el proceso correctamente mediante el cauce establecido, incluso cuando puede “apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación”; STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/ 8274): “el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas”.

¹¹² STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/ 8274).

4) Transparencia y cláusulas abusivas

Recientemente el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona ha dictado sentencia aplicando, ahora sí, la dación en pago coactiva. Decimos “ahora sí” porque no se ha basado, a la hora de entender extinguida la deuda, en el valor del bien realizado -como en las sentencias antes referenciadas- sino entendiendo que la cláusula a partir de la cual el deudor responde de forma ilimitada es una cláusula abusiva por la falta de transparencia que la Directiva 93/13/CEE exige cuando nos encontramos ante condiciones generales de contratación¹¹³.

El Tribunal Supremo en sentencia de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/ 3088) y en sentencia de 23 de diciembre de 2015 ha indicado que este control de transparencia se sustancia en una información que permita al consumidor comprender el peso que tiene la cláusula en el contrato que se firma, las implicaciones económicas que le puede acarrear y mostrar al firmante distintas simulaciones de los escenarios en los que la cláusula puede operar –es decir, los más favorables pero también los más adversos-. En definitiva, como afirma el Informe de 27 de abril de 2000, de la comisión, sobre aplicación de la directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, “el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento”.

Pues bien, en la sentencia de Barcelona dos eran las cláusulas objeto de litis. La primera constituía a unas personas como fiadores solidarios y la segunda la responsabilidad patrimonial ilimitada del prestatario. Quedó acreditado en juicio que se trataba de condiciones generales de la contratación puesto que, además de estar predispuestas, el consumidor en ningún momento se encontró en facultad de influir en la supresión o modificación del contenido de dichas cláusulas, simplemente tenían dos opciones, adherirse o renunciar al contrato.

¹¹³ El objetivo de esta directiva es dar cierta protección al consumidor que se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional (en este caso entidades de crédito) en la medida en que su capacidad de negociación es prácticamente nula, lo que le lleva a adherirse a unas condiciones predispuestas y redactadas de antemano sin posibilidad de modificación – condiciones generales de la contratación-.

La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en cuyo artículo 7 nos indica que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas...” y aquellas que “sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo (...) que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente...”.

Estas cláusulas pasaron el primer control incorporación ya que cumplían los requisitos de transparencia que la LCGC establece, entre otros: fueron firmadas y aceptadas por los contratantes, fueron redactadas en el contrato de préstamo hipotecario de manera completa y se leyó y firmó ante notario. Sin embargo, no cumplían el segundo control de transparencia -el de contenido- que nuestro TS exige para que exista una transparencia real. Es decir, entre otras cosas al prestatario no se le representó simulaciones de los distintos escenarios en que podía operar las cláusulas firmadas, no queda constancia de que hubiera una información previa y comprensible sobre la incidencia económica que dichas cláusulas podía afectar al contrato, etc. Además, estima que el que la escritura de constitución de hipoteca se leyera ante notario y este advirtiera de la existencia de las cláusulas objeto de litigio no implica que se cumpla el requisito de transparencia pues como ya ha indicado el TS¹¹⁴ el momento conclusivo del contrato no es momento para que el “consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta”.

Es por ello que el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona en fecha 7 de diciembre de 2016 estimó que la cláusula que establece los fiadores solidarios y la responsabilidad patrimonial universal del prestatario son nulas por abusivas al no cumplir los requisitos de transparencia que tanto la Directiva 93/13/CEE, la Ley 7/1998 LCGC y la jurisprudencia ha dictaminado. Dejándolas sin efecto y limitando la responsabilidad al inmueble sobre el que recae el derecho real de hipoteca –como permite el artículo 140 LH-.

A nuestro juicio la argumentación de este tribunal, es la más acorde y más respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico –de todas las sentencias expuestas a favor de la dación en pago-. Puesto que sin entrar a valorar el precio de adjudicación del inmueble ni, a hacer interpretaciones de preceptos de nuestro sistema procesal, establece en ese caso determinado, la responsabilidad limitada por la falta de transparencia.

¹¹⁴ STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/ 3088)

CONCLUSIONES

I. A lo largo de la exposición hemos visto cómo ni la doctrina ni la jurisprudencia es pacífica a la hora de establecer un concepto estricto de la *datio* que permita desgranar de forma clara sus elementos fundamentales, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable. Si a esto le sumamos la sucinta atención que le dedica nuestro Código Civil, el problema se acentúa aún más si cabe. Ahora bien, incluso con todas estas dificultades, podemos extraer un concepto en base al punto de confluencia de todas las posturas estudiadas. En este sentido, entendemos que existe dación en pago cuando el deudor realiza una prestación distinta (*aliud*) a la previamente pactada (*alio*), siempre con el consentimiento del acreedor.

II. Para que pueda operar la dación en pago deben concurrir ciertos requisitos que determinan los elementos básicos de la figura. El primero de ellos es la preexistencia de una obligación válidamente constituida que se encuentre vencida y exigible, el segundo el consentimiento del acreedor puesto que éste se encuentra protegido por el principio de identidad de la prestación (art. 1166) y, por último, la realización inmediata del *aliud* pues de lo contrario podría existir una promesa de dación o una novación por cambio de objeto, pero en ningún caso una dación en pago perfeccionada.

III. Como veníamos diciendo, nos encontramos ante una figura nominada y atípica, pues careciendo de una regulación expresa en nuestro Código Civil, son diversos los preceptos que la nombran (así, arts. 1521, 1636, 1849). A todo esto, hay que sumarle que se trata de un negocio de renovada actualidad y con una exacerbada consideración social. Es por ello que debemos determinar el alcance de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. A nuestro juicio la admisión de la *datio* en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el artículo 1175 del Código Civil que regula la cesión de bienes. Este precepto dispone que, “salvo pacto en contrario” la cesión de los bienes del deudor en pago de sus deudas, solo lo libera por el importe líquido de los bienes cedidos. Pues bien, es precisamente el inciso “salvo pacto en contrario” el que está reconociendo o, mejor dicho, manteniendo el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 de nuestro Código Civil, el cual debe poder imponerse al principio de identidad de la prestación del 1166 del Código Civil. Es por ello que, siempre que exista acuerdo entre las partes la dación en pago es un modo válido de extinguir una obligación.

V. La carente regulación de la *datio in solutum* ha provocado un deseo desesperado, de la doctrina y la jurisprudencia, de otorgarle una naturaleza jurídica que vislumbre el

régimen jurídico aplicable en caso de conflicto. Quizá esto ha hecho que muchos juristas reflexionen en exceso sobre su concreta naturaleza jurídica. A nuestro entender, habrá que estar al particular negocio jurídico del cual se deriva la obligación que se trata de extinguir para poder aplicar por analogía la naturaleza jurídica adecuada. No debe olvidarse que nos encontramos ante una figura con características complejas que, como ha dicho nuestro Tribunal Supremo, comparte características propias del contrato de compraventa, de una novación por cambio de objeto y del pago o cumplimiento de una obligación.

VI. Es palmario el origen romano de la institución, que ha sido utilizada a lo largo de la historia en aquellos momentos de crisis económica como una herramienta para aliviar aquellos deudores que no pueden hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. Y es que la falta de liquidez resulta especialmente frecuente en los momentos de recesión económica en que escasea el dinero y se deprecia también los bienes inmuebles. Fuera de esos períodos coyunturales, la dación en pago ha pasado a un segundo plano, como un modo más de cumplir con una obligación en base a la autonomía de la voluntad y de ahí que nuestro legislador no haya tenido necesidad de realizar una regulación más detallada.

VII. El drama social que vive nuestro país desde que estalló la burbuja inmobiliaria en el año 2008 – donde la pérdida de puestos de trabajo ha provocado una fuerte devaluación de los inmuebles, condenando a muchas personas a vivir con una deuda millonaria pendiente que gravitará encima suya como una losa, impidiéndoles salir de la exclusión social- podría ser trasladable *mutatis mutandis* a la época romana que dio origen *datio in solutum necessaria* de Julio Cesar (49 a.C) y Justiniano (520 d.C). Y por ello, una figura que hasta ahora era más bien objeto de laboratorio por parte de los estudiosos del derecho ha renacido con fuerza en la opinión pública. Replanteándose, nuevamente, la posibilidad de utilizar la dación en pago como parte de la solución al problema de los desahucios inmobiliarios

VIII. Ahora bien, el sistema de obligaciones romano se basa en el principio *aliud pro alio invicto creditore solvi non potest*, en base al cual la obligación no queda satisfecha en tanto en cuanto no se realice la prestación inicialmente convenida, siendo la dación en pago impuesta una excepción a la regla general.

IX. Sobre el S XI-XII y tras la recepción del Derecho romano los juristas de la época, glosadores y comentaristas, caerán en el error de ver en el Digesto una *datio in solutum necessaria* con carácter general, algo que influirá en el Derecho castellano hasta el estallido de la Revolución Francesa cuando, influenciados por el Código Civil

Francés se impondrá en Europa el principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual, desapareciendo de nuestro Código Civil cualquier mención a la dación en pago necesaria.

X. La época de bonanza económica provocó en todos los participantes del mercado hipotecario -consumidor, entidades de crédito, autoridades políticas, medios de comunicación, etc.- comportamientos irresponsables que han estado apunto -si no es que lo han conseguido- de socavar los cimientos de nuestro sistema hipotecario. Así, eran muchos los vivían por encima de sus posibilidades - según el Instituto Nacional de Estadística en el año 2006 se llegaron a constituir 1.342.171 hipotecas frente a las 204.302 del año 2014- endeudándose hasta límites insospechados -como después ha quedado patente- y muchas las entidades de crédito que, conociendo ese factor, otorgaban créditos a diestro y siniestro. Incluso, si era necesario, sobrevalorando unos inmuebles por encima de su precio real, para poder otorgar un crédito dentro del marco de la Ley de regulación del mercado hipotecario que establece como máximo el 80% del valor de tasación.

XII. Con fundamento en lo anterior, resulta cuanto menos abrumador lo sangrante que ha sido –sobre todo hasta la última reforma donde se aumentaron los tipos mínimos de adjudicación- nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria para el consumidor, si lo comparamos con la posición que ostentan las entidades de crédito en dicho procedimiento. Así, como ya hemos visto, si tras el proceso de subasta del bien sujeto a hipoteca esta queda desierta, la entidad financiera puede adjudicarse la vivienda por un 70% del tipo del que esta parte –que no es otro que la tasación que las mismas entidades de crédito han realizado o las tasadoras controladas por estas-.

XIII. Se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia si nuestro proceso de ejecución hipotecaria cumple con la tutela judicial efectiva que protege nuestra constitución, en la medida que el deudor no puede oponerse a la ejecución fuera de las causas tasadas, sino es a través de un proceso declarativo posterior, mientras que el banco si puede recurrir en apelación en caso del acuerdo judicial de suspensión de la ejecución hipotecaria. Lo cierto, es que precisamente el objetivo de elevar a escritura pública el préstamo hipotecario es, entre otras cosas, para convertirlo en título ejecutivo en caso de incumplimiento. Por ello, aunque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria sea mejorable –y así lo ha demostrado la sentencia del TJUE (sala primera) de 14 de marzo de 2013 asunto C- 415/11 que ha derivado en que se incluyera como causa de oposición a la ejecución “el carácter abusivo de una cláusula contractual”- entendemos que no vulnera la tutela judicial efectiva.

IX. La dación en pago voluntaria la admite nuestro Código Civil, y ello queda reforzado, en el ámbito hipotecario, a través del artículo 140 LH que permite limitar la acción del acreedor a los bienes hipotecados. Ello no obstante, lo cierto es que la regla general en nuestro sistema de obligaciones y contratos es la responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 CC, y ello también queda blindado a través del artículo 105 LH.

X. No encontramos ni en el Código Civil ni en la ley hipotecaria referencia alguna a la dación en pago obligatoria. Sin embargo, el drama social que vive nuestro país y la pasividad que ha mostrado el legislador en muchísimas ocasiones ha debido ser compensada por la intervención de los Tribunales, erigiéndose en una suerte de legisladores y olvidándose que, aun no siendo en ocasiones la opción legislativa la deseable, sí es la aplicable.

Así, no se puede entender –como entienden algunos tribunales- que existe abuso de derecho o un enriquecimiento injusto cuando las entidades de crédito ejercitan las facultades que le concede la ley para reclamar su crédito, ni que quepa la aplicación de la doctrina de los actos propios cuando el banco se adjudica en un 70% un bien que el mismo tasó por un valor superior, ya que esto es algo que establece la propia ley. Tampoco compartimos el argumento de la reciente sentencia del juzgado de lo mercantil número 10 de Barcelona en fecha 7 de diciembre de 2016, que considera la cláusula que constituye la responsabilidad patrimonial universal del prestatario como abusiva por falta de transparencia y cambia el contenido del contrato imponiendo la responsabilidad limitada. En el caso de encontrarnos ante una cláusula abusiva el tribunal tiene dos opciones: declarar nula dicha cláusula aplicando la normativa supletoria o, si esta fuera esencial dejar sin efecto todo el contrato. Ello implica que, aun declarando nula la cláusula hipotecaria que establece responsabilidad patrimonial universal, esta seguiría latente puesto debería operar la norma supletoria, es decir, el artículo 1911 CC y 105 LH. Es por ello que, a nuestro juicio, no cabe la imposición de una dación en pago obligatoria desde un plano de vista jurídico. Distinto sería que nos encontrásemos ante una entidad bancaria acreedora que se haya adscrito de forma voluntaria al Código de Buenas Prácticas, entonces podría haber una dación en pago obligatoria si el deudor cumpliera con los requisitos que la norma exige.

XI. En caso de imponer por ley una dación en pago necesaria con efectos retroactivos se vulnerarían tres principios, el primero el *principio de pacta sunt servanda* en virtud del cual las obligaciones que derivan de los contratos libremente aceptados por las partes, y que no adolecen de ninguna causa de nulidad, tienen fuerza de ley. El

segundo, el principio de autonomía de la voluntad y el tercero el principio de identidad de la prestación.

X. Son otros muchos los riesgos económicos que atesora el establecer como regla general una hipoteca de responsabilidad limitada. Así, se produciría un empeoramiento en las condiciones del crédito ya que es obvio que las entidades crediticias cerrarían el grifo por el aumento del riesgo de impago. En ciertos casos, podrían favorecerse las insolvencias intencionadas, así cuando el bien hipotecado tiene un valor inferior al del mercado lo más rentable para el deudor sería dejar de pagarlo y proceder a la dación en pago, extinguiendo la deuda para posteriormente adquirir otro inmueble por un precio inferior o más acorde al valor del mercado. Y finalmente, que la remisión de deudas no sería soportada en última instancia por las entidades financieras, sino por la sociedad en su conjunto a través del pago de impuestos o el encarecimiento de créditos y servicios bancarios. Es decir, que las consecuencias de la irresponsabilidad de algunos participantes del mercado hipotecario se extenderían a toda la sociedad.

XV. Es por ello que, por muy doloroso que suponga ver las consecuencias que la crisis económica ha provocado a muchas personas, los poderes del estado y la sociedad en su conjunto, debe ser muy consciente de las decisiones que se toman y de sus posibles repercusiones, todo ello, por supuesto, sin abandonar a aquellos deudores que -por mala fortuna o por desconocimiento- se encuentran en un grave riesgo de exclusión social y con dificultades para atender al cumplimiento de sus obligaciones, a los cuales también se les debe buscar soluciones que le permitan reflotar y vivir una vida digna. Así, quizás la solución estribe en realizar un análisis casuístico y en una revisión del proceso de manifestación de voluntades.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS Y REVISTAS

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ DE MORALES, A., *Historia de las instituciones españolas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 222.
- BAS Y RIVAS, F., “La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1945, núm. 208, pp. 585-599.
- BELINCHÓN ROMO, M^a. R., *La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “El cumplimiento de las obligaciones”, *RDP*, 1956, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La imputación de pagos*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973.
- BLANCH NOUGUÉS, J M^a., “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *REVISTA JURÍDICA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (RJUAM)*, núm. 21, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L., - GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2016.
- DIGESTO DE JUSTINIANO
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., “La naturaleza jurídica de la dación en pago”, *ADC*, 1987, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Naturaleza jurídica de la Dación en pago”, *ADC*, 1987, nº 20.
- FÍNEZ, J. M., “La dación en pago”, *ADC*, 1995.
- FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES, Lex Nova, Valladolid, 1980.
- FUERO REAL DEL REY ALFONSO DECIMO EL SAVIO, Lex Nova, Valladolid, 1979.
- GARCÍA AMIGO, M., *Lecciones de derecho civil II*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- GARCÍA AMIGO, M., *Lecciones de Derecho Civil II*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Maxor, Valladolid, 2010, p.120.

- GUILARTE ZAPATERO, V., "Artículo 1.849 ", en M. Albadalejo (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XII, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1990.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., "La moderna dación en pago", *RDC*, Vol. I, 2014, núm. 18.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., "La moderna dación en pago", *RDC*, Vol. I, 2014, núm. 3.
- LATOURE BROTONS, J., "Notas sobre la dación en pago", *RDP*, 1953, Vol. XXXVII
- LÓPEZ TOVAR, G, *Las Siete Partidas del Rey Don Alonso el Nono*, Madrid, 1789.
- LÓPEZ TOVAR, G, *Las Siete Partidas del Rey Don Alonso el Nono*, Madrid, 1789.
- MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T. "Consideraciones sobre la dación en pago", *RCDI*, núm. 581, 1987.
- NOVELA DE JUSTINIANO
- PASCUAL ESTEVILL, L., "La dación en pago", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1986, núm. 578.
- SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- SERRANO CHAMORRO, M^a. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- SERRANO GARCÍA, I., "Consideraciones acerca de la dación en pago" en Centenario del Código Civil, *CERA*, Valladolid, 1989.
- VILLA ROSAS, G., "La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas", *RDP*, núm. 20, 2011, pp. 49-101, p.65.

FUENTES LEGISLATIVAS

Código Civil

Constitución Española

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario

Ley de Enjuiciamiento Civil

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la

Ley Hipotecaria

Digesto

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 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Novelas de Justiniano

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Directiva 93/13/CEE

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

Contenido y novedades de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Consultada en febrero de 2017. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10408-contenido-y-novedades-de-la-ley-25-2015-de-28-de-julio-de-mecanismo-de-segunda-oportunidad-reduccion-de-la-carga-financiera-y-otras-medidas-de-orden-social/>

La “Ley de segunda oportunidad” y la dación en pago. Consultada en enero de 2017. Disponible en: <http://www.citapreviainem.es/ley-segunda-oportunidad-dacion-en-pago/>

Ministerio economía, industria y competitividad. Consultada en abril de 2017. Disponible en: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f-76faf2b910026041a0/?vgnnextoid=d43ad0d172ff7310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

Plataforma de afectados por la hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH). Consultada en marzo de 2017. Disponible en: <http://afectadospor-lahipoteca.com/2013/02/12/iniciativa-legislativa-popular-ilp/>

ANEXO 1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

STS de 1 de marzo de 1969 (TOL4.275.144).

STS de 21 de abril de 1988 (RTC 1988/73).

STS 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608).

STS de 25 de mayo de 1999 (RJ 1999/ 4057).

STS de 23 de Septiembre de 2002 (RJ 2002/7837).

STS de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/ 2209).

STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/ 3438)

STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2008/ 5570)

STS de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013/ 2625).

STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/ 3088)

STS del 9 de abril de 2014 (RJ 2014/ 2597).

STS de 13 de enero de 2015 (RJ 2015/26)

Audiencias Provinciales y otras

Auto del 10 de Febrero de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 176/2005 (TOL 628.290)

Auto del 17 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 111/210 (AC 2011/1)

Auto del 22 de febrero de 2011 de la Audiencia Provincial de Gerona núm. 119/2011 (AC 2011/ 2172)

Auto del 30 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Lérida núm. 222/2013 (AC 2014/ 2188)

Auto del 23 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Huelva núm. 86/2012 (AC 2013/ 142626)

Auto del 10 de enero de 2012 del Juzgado de Instrucción número 3 de Torrejón de Ardoz.

Sentencia del 7 de Diciembre del 2016 del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona.

PAYMENT IN LIEU

Since year 2008 our country has been immersed in a brutal economic crisis, resulting in the unstable welfare state. This circumstance has lead to reconsider many questions that were forgotten until then.

The biggest drama has been the rise of the foreclosures that has devastated and undermined our mortgage and financial foundations, putting the credit institutions in the epicentre of the problem and causing a deep weakening in the consumers confidence.

So, it has been acknowledged that our legal system and, especially, our foreclosure procedure were not prepared to face a problem of such identity.

As a consequence, the revival of a forgotten figure whose origin is in the Roman law has taken place. This figure is the payment in lieu, also known as *datio in solutum*.

In this sense, we have observed how diverse social proponents, means of communication, and even political authorities, have seen a liberating measure in the aforementioned figure for those debtors who cannot face the payment of their mortgage fees and search in this institution for a way of obeying their responsibility and paying off the outstanding debt. This situation favours the second chance and avoids the serious risk of social exclusion that these people suffer.

In this way, this work will analyse the institution of the payment in lieu, its historical and legislative antecedents and, mainly, its significance and applicability on our current legal system. The purpose of this study is attempting to clarify if it is possible, from a legal point of view, to impose a coercive payment in lieu on the credit institutions, which has been supported by many social proponents such as the Platform for People Affected by Mortgages (PAH).

To do so, this work has been structured in three main chapters. The first chapter is focused on general questions such as: the *datio's* concept and significance, its legal nature, its main components and its effects. The second chapter expects to know the origin of the figure and its historical evolution, because only by explaining the reasons of its creation and its later evolution we can acquire an abstract understanding of the *datio*. Finally, the third chapter is devoted to the payment in lieu as an expiration way of the real right of the mortgage. After, we will see how the social pressure, the creation of social proponents and the increasing rise of foreclosures have caused fundamental legal modifications. Finally, this work will make a reference to different legal

pronouncements that are in favour and against the coercive payment in law as a way of expiration of the guaranteed obligations with the real right in our legal system.

The *datio in solutum* is a nominated and atypical figure in our Civil Code because it has been named in many precepts in it but without any explicit regulation (Articles 1521, 1636, 1849 CC). This situation has caused a disparity of opinions about its concept, its admission in our set of laws and its legal nature, both in the doctrine and in the jurisprudence.

However, according to the rallying point of all the studied positions, we understand that there is a payment in lieu when the debtor realises a different service (*aliud*) from the previously agreed (*alio*), always with the creditor's consent.

The admission in our legal system is founded on the regulation of the transfer of properties according to the Article 1175 CC, and more specifically, on its insert "unless noted otherwise" that seems to recognise the aforementioned figure. Also, it is recognised in the principle of the exercise of free will according to the Article 1255 CC

Perhaps, the point where the doctrine has been less placid has been in the desperate search of giving the *datio* a specific legal nature that discerns the legal framework that may be applied in case of conflict, due to its lacking regulation in our CC. The main dissertations are those that give the *datio* the nature of a 'buying and selling', a novation, a contract and a method of payment.

In our view, we need to pay special attention to the legal business from which springs the obligation of expiring in order to apply according to the appropriate analogy of the legal nature. Moreover, we must not forget that we are in front of a complex figure that, as our Supreme Court said, shares some characteristics typical of a purchase agreement contract, novation for change of object and payment or fulfilment of an obligation that, with solving effects, expires the primitive obligation.

The essential components of the *datio* are: the pre-existence of a validly built and required primitive obligation; the consensual element of the payment in lieu; the *animus solvendi*; the effective transfer of the ownership of the property or the deposit in the creditor's patrimony of the new service.

The first main component of the *datio* refers to the binding link that connects the creditor to the debtor, that is, to the primitive obligation that gives the *datio* meaning, so it is this obligation the one that needs to be expired through the aforementioned figure. This figure must be validly constituted and it must not suffer from any of the nullity causes of the obligations because in this case the *datio* would be invalid within full right. Furthermore, if the *datio* wants to operate, the binding relationship that needs to

be expired must be defeated and required, otherwise we would in front of a novation for change of object according to the Article 1203.1 CC.

The second essential element is the consensual one. Therefore, considering the wording of the Article 1166 CC the debtor will not be able to oblige his creditor to receive a different service front the previously agreed. This means that in order to modify the primitive service it is needed a new agreement, so it is not possible to have an unilateral modification (principle of the identity of provision of services). Consequently, obliging the creditor to receive an *aliud pro alio* would turn into an unfulfilment of the obligation due to an inefficient payment.

The third element is the *animus solvendi*, that is, the new agreed service needs to be celebrated with the purpose of expiring the primitive obligation, as a payment title. This element makes the difference between the *datio* and other legal figures that constitute modes of expiring the obligations, such as the novation, where the new obligation arises to replace the first one.

Regarding the provision of the new service, this needs to be immediately provided after the agreement between the parties. Otherwise, we would find ourselves in front of a mere promise of *datio* or in the field of the objective novation. Then, if the payment in lieu is a subrogated of the fulfilment, only through the payment of the aliud, the main obligation will be expired and the *datio in solutum* will be produced.

The last element, the effective transfer of the ownership or the deposit in the creditor's patrimony of the new service, it is not a trivial question, because it marks the moment when the payment in lieu is perfected and, therefore, when it shows its effects.

In relation to this last component, we find dissimilar positions in the doctrine, so one part understands that the payment in lieu is perfected with a simple agreement between the parties, according to the Articles 1258 and 1849 CC remaining the guarantor of the obligation free from the precise moment when the agreement between the creditor and the debtor takes place, even if the creditor loses the *aliud* because of eviction or the debtor does not lends it. However, the other part considers that the agreement is perfected with the *datio rei*, that is, with the delivery of the thing, so if the creditor did not receive the thing, or this was received with hidden vices, he would lose it with eviction or if the debtor finally did not realise the new agreed service, the *datio* would be invalid or non-existent because of the lack of cause and, therefore, the original provision with its accessories would follow latent and the creditor could require its compliance.

In case of concurring all the previous elements and if an effective and valid *datio* happened, the most important effect would be the total expiration of the primitive obligation and its ancillary components.

The reason is that if it is the *datio* of a subrogate payment that brings as a cause an *animus solvendi*, it will have the same effects as the other payment methods according to the Article 1156 CC, which already differs from what happens in the transfer of properties, where the net amount of the transferred property will be considered and the *datio* will be independent from the real value of the *aliud*.

The part where the doctrine is more opposing is when it has to determine the effects that the *datio* produces in case of the unfulfilment of the *aliud*.

Aligning with the dominant doctrine, which understands the perfection of the *datio* with the giving of the thing, seems to admit that if the debtor does not fulfil the new obligation, in other words, does not provide the new service, the creditor can require the fulfilment of the main obligation with its ancillary components. Then, the *datio* has not been perfected because in any moment the obligation previously agreed expired.

The second chapter is about the historical precedents of the figure. That is, this work has altered the historical path instead of following a chronological order with the purpose of facilitating the understanding.

Through this chapter we will see which is the origin of the institution, which have been the reasons that were given to create it and which has been its evolution throughout the history.

The origin of the *datio in solutum* goes back to the Justinian Novels, however, for some authors the authentic precedent of the figure is located in the measures adopted by Julius Caesar in the year 49 B.C. to satisfy the credit holders who, at the same time, were in favour of his war against Pompeii and found difficulties to earn certain loans from their debtors, because of the economic difficulties of the continuous civil wars.

Thanks to the writings done by Gayo and the texts of Digesto, there is evidence of the existence of the *datio* around the 1st century B.C. as a common legal institution used to expire the obligations arisen in the agrarian field, where the farmers should provide wheat in order to pay their money debts.

Until the republic, the principle *aliud pro alio invicto credito resolvi non protest* was defended on the basis which the obligation was not satisfied if the previously agreed service was not provided. Then, Ulpiano defended that there was not fulfilment if the debtor provided a different service from the previously agreed.

At the end of the 4th century B.C. it was created the possibility that the debtor with lack of liquidity to fulfil the obligation that was previously assumed attempts, at least, the *satisfactio* of the creditor by offering an *aliud pro alio*, but always with the creditor agreement.

The necessity that the creditor accepts the giving of a thing different from the previously agreed to pay off the debt is patent in some fragments of the Justinian Digesto such as: D: 12, 1, 2, 1 “You cannot pay anything against the credit will (...)”; D: 13, 7, 9, 3 “we understand that the obligation is fulfilled, be that as it may the creditor accepts, despite it is not paid (...)”.

We can see that until that moment, the *datio in solutum* was a voluntary and useful tool for the fulfilment of the obligations, something that later changes, because of the appearance of the *datio in solutum necessaria*.

The origin of this coercive payment in lieu is found in the novel 4, 3 of Justiniano in a context of difficult economic and social situation motivated by the expensive and long war against the Persian, together with the military campaign in the West.

The Justinian text establishes a special type of payment in lieu addressed to avoid a patrimonial execution procedure on the insolvent debtor, looking for the equilibrium between the treatment in favour of the debtor and the interests of the creditor. Moreover, a mechanics is articulated, in case the debtor has not got the owed liquid amount neither immovable properties or after trying their sale in unsuccessful way, to be used by the judges to make an inventory with the debtor properties and give the most valuable to the creditor, leaving the less valuable to the debtor, with the objective of verifying the *datio* with their sale.

We can see, therefore, that the needed *datio in solutum* implies an exception with respect to the general rule, that can be used by the legislative to have and impose a solution behind the creditor’s volunteer’s back and, therefore, unaware of the principle of contractual freedom.

For some authors, this coercive *datio* was not created with Justiniano, but its precedent is found in the aforementioned measures of Julius Caesar the year 49 B.C., when on the occasion of the economic recession that caused the constant wars where he was immersed, he ordered the fulfilment of the creditor debts, who were in his favour against Pompeyo, through the *traditio* of the immovable properties or the debtors’ properties.

Therefore, it is patent that in those moments when the Roman Empire was immersed in a difficult economic crisis, the juridical virtuality of a coercive *datio* was suggested to, in

some way, soothe those 'unhappy debtors' (as it is said in the Justinian Novels) who could not face the payment of their debts because of a lack of liquidity, were possessors of properties with a great economic value that could not be launched into the market because of the economic recession.

Justiniano offers through the *datio in solutum necessaria* a solution that, in his view, respected the legal equilibrium that had been defended by one part of the creditor's interests, giving him the most valuable properties, and the debtor's properties that wants but cannot pay, based on human reasons.

However, it was an *ius singulare*, that is, an extraordinary regulation to solve a relevant situation in a specific period of time when the unfulfilment of the obligations would have been generalised because of the difficult economic situation that the Empire was suffering.

This could be applied to *mutatis mutandis* to the social drama that is living our country since the real estate bubble broke out in 2008, when a lot of people lost their jobs and therefore had to leave their homes because they did not have face the mortgage payment, not even proceeding the alienation of their properties that have suffered a heavy devaluation because of the lack of consumers.

Some years later, about the 544 A.C., Justiniano published the Novel 120, 6, 2. This novel differs from the first one, with general significance, would be on the right track to "defend and promote the existence of the known *Piae Causae* that consisted in the *venerabiles domus*, that is, Christian establishments devoted to the public beneficence".

This establishments had a privileged treatment, so to manage the credits they had an extra juridical procedure handled by the ecclesiastic authorities and started at the request of the *venerabilis domus* and not of the creditor, as it was usual, to the case that it had not personal properties to face their debts.

Besides, the *aliud* should not be the most valuable, as it happens in the Novel 4, 3, but in a medium quantity between the debtor properties.

The payment in lieu has also suffered from a historical evolution of the Spanish right, finding references in the Fuero Juzgo, Fuero Real, Las Partidas and the codification.

About the 11th and 12th century, a new juridical school of thought appears, the *Ius Comune*, which is based on the recovery and review of the Roman right compiled by Justiniano the 6th century and, its later analysis and study by glossariers and announcers. These scholars reinterpreted the Digesto and thought that there was a

general *datio in solutum necessaria* in it, when this is not the case, because that coercive *datio* is created in a specific economic situation to soothe the debtors and facilitate the credit payment to the creditors. However, there is a general vision and it is recreated in the doctrine of low Middle Ages and Renaissance, the figure of the *datio in solutum necessaria* of Justiniano, which will influence the Spanish right.

For some authors we find in the Fuero Real of Alonso X el Sabio two references that suppose the most recent precedent of the current *datio*.

The first one is implicitly shown in the book II, title X, law XV. This norm establishes that in case of impossibility by the seller, in case of giving what was stipulated in the contract, the creditor/buyer cannot oblige the seller to give something more valuable or giving back the money that was given before. However, we consider that in this case it is regulated the risk of accidental lost of the thing and the avoidance of the *datio*, according to the remark "*casi por aventura no la pudiere hacer*".

In our view it is clear the reference to the *datio in solutum necessaria* that we find in the Fuero Real in the Book II, Title XX, Law XVI. This precept orders the creditor to accept an *aliud pro alio* in case of impossibility of payment.

However, it is in the VII Partidas where there is a more extensive regulation of the *datio* with needed nature. Then, in the 5th Partida of title XIV, law 3rd, after reaffirming the principle of the identity of the provision, the delivery of an *aliud pro alio* is admitted, with the authorisation of the court, when the debtor cannot accomplish the primitive obligation, being the creditor consent irrelevant.

These texts clearly show the distinction of the past regulation, which we can find now in our Civil Code, where one of the basic principles of the fulfilment of the obligations is the *aliud pro alio invicto creditori solvi non potest*, or what it is the same, it cannot be paid something different from what it was previously agreed with the creditor.

With the birth of the Enlightenment and the French Revolution, the principle of the autonomy of the will is imposed and it will inspire the future European Civil Codes of the 19th century. In this sense, it can be appreciated how the Article 1,089 of the project of the Civil Code in 1981 has an identical writing in the first paragraph of the Article 1,166 of our Civil Code, establishing the principle of the identity of the provision and, consequently, avoiding any legal mention of the *datio in solutum necessaria*.

Finally, the draft of the C.C., printed by the Codification Commission, establishes in its Article 1,183 an identical writing to the current Article 1,166. however, someone will always pay a thing instead of another if the creditor agrees according to the principle of

the autonomy of the will and that of the regulation of the transfer of properties, which leaves the door open to a *datio* in the remark “salvo pacto en contrario”.

The last chapter of our work is focused on the *datio* and its applicability to the foreclosure. Here we will analyse the Spanish foreclosure execution system, the answers of the court in front of the increasing amount of foreclosures and, finally, we will attempt to explain if it is possible from a legal point of view order the creditor, substantially credit entities, to accept the property as a method of payment and as an extinction of the payment, breaking with the two main principles of our legal system on contractual matters as it is the principle of identity of the provision, explicitly mentioned in the Article 1166 C.C. and in the principle *pacta sunt servanda* in the article 1091 CC.

The mortgage, regulated in the articles 1876 CC and 104 LH gives the holder the known *ius distrahendi* of the property of the mortgage, that is, the faculty of the fulfilment of the charged property with the objective of satisfying the fulfilment of the obligation whose guarantee would have been constituted without previously going to a declarative process.

Therefore, we could define the lend with mortgage guarantee as the contract through which a person or entity (usually a bank or savings institutions) lends an amount of money to another using the net value of a property as a guarantee. In this sense, in case of unfulfilment of the payment, the creditor can urge the sale in public auction through the special procedure of foreclosure.

The procedure of the foreclosure is regulated by the Articles from 681 to 689 of the Law 1/200, of 7th January, of Civil Lawsuit, has suffered big changes, some of them with the objective of palliate the effects of the foreclosure and soothe the economic situation that many families are suffering, others have come from the hand of the important sentence of the TJUE of 14th March 2013.

In the foreclosure process it is relevant to clarify certain aspects: regarding the mortgaged property auction, once it has finished the process of opposition of the foreclosure process, the mortgaged property auction takes place (Article 691 LEC). The first price in the auction will be the one that the valuation marks in the public deed in the moment of the mortgage constitution (Article 682.2.1st).

In this context, it is necessary to take into consideration the Article 5 of the Law 2/1981, of 25th March, of mortgage market regulation that sets the maximum limit of the credit that the financial entities can give, which is the 80% of the valuation, so the buyer has to contribute the other 20%. However, in the common practice the property has been overvalued by the evaluator controlled by the financial entities, so this 80% was, in fact,

covering the 100% of the price of 'buying and selling' or even more, something that has been tried to solve through the Law 1/2013, of 14th May, of measures to reinforce the protection of the mortgage debtors, reorganisation of the debt and social rent, reinforcing the independence of the valuation societies with respect to the credit entities. It is here where the first problem arises, and warhorse issue for the court and proponents in favour of the application of the payment in lieu, because as the property has been valued with a higher price in comparison to its real price, and this value is the origin in the auction, the auctions remain empty many times, because few buyers are ready to pay the amount that figures in the valuation (usually higher than the real valuation). Accordingly, the credit entity can appropriate the property with a lower value and many times it is clearly lower with respect to the outstanding debt (Article 671 LEC).

The Article 671 LEC, which regulates the auction without bidder, has been the objective of many changes, varying the minimum types that the creditor can appropriate the mortgaged property, with the purpose of causing the minor possible damage to the executed debtor and obliging the creditor to pay a higher amount of money covering the major part of the outstanding debt.

Before these changes, the executor was allowed to appropriate the property of the auction, in case it was empty, for a 50% of the original valuation, being the 60% after the change operated by the Real Decree Law 8/2011 of 1st July and currently found in the 70% or 60% in case of the debt would be lower than the 70% of the property value, after the change operated by the Law 1/2013 of 14th May.

However, in the field of mortgage lend, if the debtor cannot face his obligations and if the execution of the mortgaged property would not be enough to pay off the outstanding debt, the mortgage would not vary its universal patrimonial responsibility that establishes the Article 1911 CC (Article 105 LH). Nevertheless, the Article 140 LH allows to limit the creditor action on the mortgaged properties, protecting the rest of the debtor properties. But, few credit entities or any of them, have applied this precept when giving a mortgage because the universal patrimonial responsibility is a payment guarantee.

In this context we need to ask ourselves if it is possible to have a *datio in solutum necessaria* or a compulsory *datio* as a way of fulfilment of the guaranteed obligations with the real right of mortgage, which has been demanded by many social proponents.

Prima facie our legal system seems not to contemplate the possibility of imposing the mandatory *datio*, moreover, the coincidence of wishes between the debtor and the

creditor is *conditio sine qua non* in order to have the *datio*. Furthermore, the principle *pacta sunt servanda* according to the Article 1091 CC establishes that the agreed aspects oblige and have force of law between the parties. For this reason, it is difficult to understand that a law can be approved in order to generally annul the obligations freely and consciously signed by the parties and also can oblige the creditor to accept something that he did not agree at the beginning. Except for the bank, which in a volunteer way, would have agreed with the Code of good practices that was approved by the government with the Real Decree 6/2012, of 9th March, whose urgent measures for the protection of debtors without resources. In this case, it would be applicable and the *datio* could take place if the requirements of the law exist.

However, as we have seen and explained in our work, observing the indifference and inefficiency of the legislative measures to palliate the effect of the foreclosures, the courts have trust the legislatives and have applied with respect to different arguments, which shaves the limit of their competencies, a coercive payment in lieu that is not appropriate in our legal system.

According to the Supreme Court, even if the law is not the wished, it is applicable. In such a way that, although it is true that the court cannot disengage when passing sentence, from his personal, moral and ethical convictions, they cannot be the fundamental part and govern the sense of his sentences claiming competences that do not correspond him. One of the reasons is that the base of a social and democratic state is the separation of the legislative, executive and judicial powers.

Among the different arguments that have been useful for some courts when applying the *datio*, we can find the theory of the abuse of rights, the doctrine of own acts, the unfair enrichment, the lack of transparency and the unfair terms.

Then, it cannot be understood, as some courts do, that it exists an abuse of rights or an unfair enrichment when the credit entities practise the faculties that are given by the law to claim their credit, or the application of the doctrine of own acts when the bank appropriates the 70% of a property that was valued by him with a higher value, because this is what the law states.

We do not share the argument of the recent sentence of the jury of mercantile number 10 of Barcelona of 7th December 2016, which considers abusive the term that declares the universal patrimonial responsibility of the borrower because of the lack of transparency changing the content of the contract and imposing the limited responsibility. In case we find ourselves in front of an abusive term, the court has two options: declare invalid that term applying the interim regulation or, leaving the contract

without any effect. This implies that, even declaring invalid the mortgage term that establishes the universal patrimonial responsibility, this would be latent because the interim regulation should operate according to the Articles 1911 CC and 105 LH. For this reason, in our view, it is indisputable the imposition of a compulsory *datio* from a juridical perspective.

In case of imposing by law a *datio in solutum necessaria* with retrospective effects, three principles would be broken. The first one is the principle of *pacta sunt servanda*, by virtue of which the obligations that derive from the freely accepted contracts by the parties and do not suffer any nullity reason, have force of law. The second one is the principle of the exercise of free will and the third one is the principle of identity of provision.

Finally, it is important to emphasise that there are a lot of economic risks in establishing and imposing a mortgage of limited responsibility as a general rule. Then, a deterioration of the credit conditions would take place because the credit entities would logically turn off the tap due to the increasing risk of outstanding and insolvency. Furthermore, in certain cases, the intentioned insolvencies could be favoured, so when the mortgaged property has a lower value from the market value, the most profitable situation for the debtor would be to pay it and proceed to the *datio*, paying off the debt to lately acquire another property with a lower price. In the end, it is relevant to consider that the debt clearance would not be supported as a last resort by the financial entities, but by the society through the tax payment or through the increasing prices and bank services. In other words, the consequences of the irresponsibility of some mortgage market participants would be expanded through all the society.

For this reason, as painful as it may be to see the consequences that the economic crisis has caused to many people, the state powers and the society itself, must have 'large and long-term vision' and be aware of the taken decisions and their consequences. All this, of course, without neglecting those debtors who, unfortunately or unconsciously, are in a serious risk of social exclusion and with difficulties to deal with the fulfilment of their obligations, who also need solutions to relaunch and live a dignified life. Therefore, the possible solution is based on realising a case study and on a revision of the declaration of will procedure that facilitates the consumer's understanding and the consequences of what is signed.