



Trabajo Fin de Grado

Dación en pago

*Análisis actual de la institución y antecedentes
romanísticos*

Presentado por:

Sara Alejandra Vicente Prats

Tutor/a:

María del Carmen Lázaro Guillamón

Grado en Derecho

Curso académico 2013/14

LISTA DE ABREVIATURAS

a.	Año
a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
Cc.	Código Civil
<i>Cit.</i>	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
S.	Siglo
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	4
1. CUESTIONES GENERALES	7
1.1. Concepto	7
1.2. Dación en pago como excepción	8
1.3. Requisitos esenciales	9
1.4. Naturaleza jurídica	10
1.4.1. Contrato de compraventa	10
1.4.2. Novación	12
1.4.3. Modalidad de pago	13
1.4.4. Negocio jurídico con características complejas	14
1.4.5. Recapitulación	15
1.5. La dación en pago: hipoteca inmobiliaria	15
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	17
2.1. Derecho Romano	17
2.1.1. <i>Datio in solutum</i> voluntaria	17
2.1.2. <i>Datio in solutum necessaria</i>	20
2.2. Edad Media y conexión con la actualidad	23
2.3. Concreto caso de la hipoteca	26
3. SITUACIÓN ACTUAL	27
3.1. Marco legal y presión social (PAH)	27
3.1.1. Legislación	27
3.1.2. Presión social (PAH) y modificaciones legislativas	32
3.2. Jurisprudencia	38
3.3. Efectos de la aplicación de la dación en pago	39
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	44
ANEXO 1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	46
RESUMEN EN INGLÉS	47

INTRODUCCIÓN

La situación de crisis económica y social por la que está atravesando nuestro país ha tenido como principales consecuencias el aumento del número de personas desempleadas y el incremento de la población en riesgo de pobreza. Como resultado, muchos ciudadanos no pueden hacer frente a los gastos vinculados a su vivienda habitual tales como la hipoteca¹.

En el momento en que los deudores hipotecarios dejan de abonar las cuotas mensuales correspondientes al préstamo hipotecario, como regla general, las entidades acreedoras acuden a la vía judicial para que, por medio del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, se ejecute la hipoteca y así poder satisfacer su crédito. Durante la ejecución se subasta la vivienda y, con lo obtenido, se pretende cubrir la totalidad de la deuda. Sin embargo, dada la situación económica actual, en la mayoría de los casos las subastas quedan desiertas y las entidades financieras se adjudican los inmuebles por un valor inferior al estipulado en el momento de la concesión del crédito, de manera que, con las cantidades obtenidas en la subasta del inmueble, únicamente se cubre parte de la deuda. Como resultado, con el objetivo de saldar lo adeudado y en virtud de los artículos 105 LH, 1911 Cc. y 579 LEC, se inicia un nuevo procedimiento de ejecución conocido como “procedimiento de ejecución dineraria” a través del cual se procede al embargo de otros bienes del deudor con la intención de hacer frente a la parte no satisfecha con la adjudicación del inmueble.

Al incrementar el número de afectados por esta situación y proteger nuestra Constitución en su artículo 47 el derecho a una vivienda digna, varios movimientos sociales tales como la PAH², piden modificaciones legislativas que protejan al deudor hipotecario y, en especial, reclaman la adopción de la dación en pago legal obligatoria para el acreedor, con efectos retroactivos. Según su criterio, con la inclusión de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico se solucionaría la problemática actual pues, entregado el bien inmueble hipotecado, el deudor quedaría liberado de la totalidad de la deuda sin tener que someterse al procedimiento de ejecución dineraria. Esta figura no se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, se intuye la existencia de la dación en pago voluntaria, esto es, la dación en pago basada en la voluntad del acreedor, en diversos artículos del Código Civil tales como el 1166, 1521, 1636 y 1849.

¹ MIRALLES MARCELO J.L. Y DAZA IZQUIERDO J., “Sistemas hipotecarios y dación en pago”, *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*, 2013, pp. 257-305, en p. 266.

² Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

Como consecuencia del aludido panorama económico y social y la presión social ejercitada por la PAH, se han llevado a cabo modificaciones legislativas al respecto, entre estas cabe destacar el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recurso*, el *Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios* y la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* cuyo objetivo es la protección y la mejora de la situación del deudor hipotecario dada la delicada situación en la que se encuentra. A pesar de las modificaciones legislativas que han llevado incluso a reconocer la dación en pago legal en algunos casos concretos, se reclaman más reformas.

Los tribunales también se han manifestado al respecto y han interpretado el procedimiento de ejecución hipotecaria en resoluciones tales como el auto número 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra o el auto número 119/2011, de 16 de septiembre de la Audiencia de Gerona que serán estudiadas con posterioridad.

En definitiva, la dación en pago es un tema de actualidad³ cuya propuesta en el ámbito hipotecario ha revolucionado el mundo del Derecho y ha propiciado opiniones doctrinales de todo tipo. Dada la actualidad de la cuestión, el interés que despierta y el posible conflicto con la legislación actual que podría suponer la reclamada modificación legislativa, el trabajo propone un estudio más pormenorizado de la institución con el objetivo de comprobar si es posible la adopción de la dación en pago legal en la actualidad y sus consecuencias. Se propone el estudio histórico, en particular del Derecho Romano, de la figura de la dación en pago con especial interés en el supuesto de dación en pago como método de extinción de las obligaciones (préstamo o crédito) garantizadas con el derecho real de hipoteca inmobiliaria, esto es, se centrará en la dación en pago como método liberatorio total de la deuda garantizada con la hipoteca.

De esta forma, el trabajo se encuentra dividido en tres grandes apartados: el primero donde se expondrán cuestiones generales con respecto a la dación en pago, el segundo donde se analizará la evolución histórica de la institución y el último que se centrará en la situación actual.

³ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., "La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?", *Revista CESCO Derecho de Consumo* núm. 4, 2012, pp. 1-14, en pp. 1ss. Únicamente es necesaria la consulta a los diarios que abordan el tema de los desahucios para comprobar que para muchos autores es la solución al problema.

En el primer apartado se abordarán cuestiones generales acerca de la dación en pago tales como su concepto, la consideración de la dación en pago como una excepción en nuestra legislación, las diferentes corrientes doctrinales que han intentado determinar su naturaleza jurídica, los requisitos esenciales necesarios para que entre en juego esta institución, etc. Para ello se analizará doctrina y jurisprudencia del TS.

En el segundo apartado, se dará una visión general de la figura de la dación en pago a lo largo de la historia, particularmente en el Derecho Romano, y, a continuación, se proseguirá con el análisis especializado de esta institución en el concreto caso de la hipoteca inmobiliaria. De esta manera, se analizará su evolución histórica desde que surgió en la antigua Roma como una figura basada en la voluntad del acreedor, pasando por la creación de la dación en pago necesaria o legal en el período de Justiniano, continuando con la recepción de la institución por los glosadores y comentaristas de la Edad Media y su recepción en el *Code Napoleon* y en nuestro Código Civil.

Por último, la atención se centrará en la propuesta de la dación en pago en la actualidad en relación con la ejecución hipotecaria. Primero se analizará el marco legal que ha existido en nuestro país en los últimos años con respecto a la dación en pago prestando especial atención a lo dispuesto en el Código Civil, en la Ley Hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que se refiere al procedimiento de ejecución hipotecaria y al procedimiento de ejecución dineraria. A continuación, se explicará cómo la situación actual ha tenido como consecuencia la creación de asociaciones tales como la PAH, que a través de la presión social, han conseguido modificaciones legislativas. Finalizado este apartado, se hará referencia a las nuevas interpretaciones jurisprudenciales que se han dado en este ámbito. Y, para acabar, se explicarán cuáles pueden ser los posibles efectos de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la dación en pago legal con efectos retroactivos tal y como es demandado por grupos sociales como la PAH.

El desarrollo de este trabajo se lleva a cabo a través de la utilización de un método histórico crítico, exegético y analítico, pues se contrasta la figura de la dación en pago en el Derecho Romano y en el Derecho actual analizando las fuentes de ambos periodos.

1. CUESTIONES GENERALES

1.1. CONCEPTO

La dación en pago, también conocida como *datio in solutum*, no viene regulada en el Código Civil ni tampoco existe precepto alguno que proporcione su definición. A pesar de ello, pueden encontrarse varias alusiones a esta institución en artículos tales como el 1166, 1521, 1636 y 1849 del citado texto legal.

Ante la ausencia de regulación, ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia la encargada de definirla y establecer sus bases⁴. Belinchón Romo⁵ se refiere a la dación en pago como: “(...) un subrogado del cumplimiento que implica la existencia de un medio extintivo de las obligaciones consistente en que, llegado el momento del cumplimiento de la obligación, el deudor ofrece al acreedor y este acepta de aquel la realización de una prestación distinta de la inicialmente pactada, de modo que, cuando el deudor la realice, la operación efectuada se considerará perfeccionada, con los consiguientes efectos que le son propios, esto es, la extinción de la obligación y, en consecuencia, la liberación del deudor así como la satisfacción de los intereses crediticios”.

De esta definición se puede extraer lo siguiente: la institución objeto de estudio es considerada como uno de los modos de extinción de las obligaciones; consiste en la realización por parte del deudor de una prestación distinta a la previamente acordada (*aliud pro alio*); es necesario el consentimiento del acreedor; y una vez perfeccionada la operación, tiene los mismos efectos que si se hubiera realizado la prestación inicialmente convenida, esto es, se considerará que se ha llevado a cabo el cumplimiento de la obligación equivalente al pago y, como resultado, la extinción de la obligación, la liberación del deudor y, además, la satisfacción de los intereses crediticios.

La dación en pago no viene citada en el artículo 1156⁶ del Código Civil como modo de extinción de las obligaciones, a pesar de ello, parece no haber dudas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia en su consideración como tal. Como consecuencia, algunos

⁴ A modo de ejemplo: STS de 13 de febrero de 1989; STS 15 de diciembre de 1989; STS 29 de abril de 1991; STS 19 de octubre de 1992; STS 27 de febrero de 1993; STS 28 de junio 1997; y STS 30 de noviembre de 2000.

⁵ BELINCHÓN ROMO, M.R., “Nociones generales sobre la dación en pago”, *Revista del CES Felipe II*, 2007, pp. 1-16, en p. 2.

⁶ Art.1156 Cc.: “Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento; por la pérdida de la cosa debida; por la condonación de la deuda; por la confusión de los derechos de acreedor y deudor; por la compensación; por la novación”.

autores consideran que debería formar parte de dicho artículo para evitar confusiones⁷.

1.2. DACIÓN EN PAGO COMO EXCEPCIÓN

La regla general de aplicación, ya desde el Derecho Romano, es aquella que establece que las deudas sólo se verán satisfechas si el deudor cumple con la prestación que previamente habían acordado las partes y no otra diferente. Así, hay constancia de que juristas romanos como Gayo – S. II d.C.- defendían la aplicación del principio *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*⁸.

El ordenamiento jurídico español, basándose en el Derecho Romano, establece que para que el acto *solutorio*⁹ tenga validez, se deben cumplir los requisitos objetivos del pago, éstos son: la identidad, la integridad y la indivisibilidad de la prestación debida. En nuestra legislación, este principio se ve reflejado en los artículos 1157, 1166, 1167, 1169 y 1170.1 del Código Civil. En cuanto a la doctrina, autores como Díez Picazo, Hernández-Gil, Pascual Estevil y Beltrán de Heredia afirman que “no puede cumplirse una obligación entregando, haciendo o no realizando exactamente aquello que se había convenido”, en el marco territorial y momento acordado¹⁰.

Sin embargo, la dación en pago o *datio in solutum*, ya desde antiguo, ha sido reconocida como una excepción a esta regla general¹¹ y obedece únicamente al acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor (*solvens y accipiens*). De manera que es indispensable que el *accipiens* acepte que el *solvens* realice una prestación diferente a la que debe para no vulnerar lo que viene establecido en el artículo 1166¹²

⁷ BELINCHÓN ROMO, M. R., “Nociones generales...”, cit., p. 2. “(...) se trata de un modo de extinción de las obligaciones autónomo e independiente respecto de cualquier otra institución jurídica que, además, debería aparecer contemplado en el artículo 1156Cc. (...)”. BELINCHÓN ROMO, M. R., “La dación en pago: análisis jurisprudencial de la figura”, *Revista del CES Felipe II*, 2008, pp. 1-12, en p. 1: “(...) no aparece recogido en el artículo 1156 del Código Civil, aun cuando debiese ser recogido, pues con ello se pondrían fin a muchas de las cuestiones controvertidas que la dación en pago plantea”.

⁸ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago su incidencia en los convenios concursales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 25.

⁹ Acto por medio del cual se entiende por satisfecha la prestación debida.

¹⁰ Citados por SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 27.

¹¹ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas”, 2011, pp. 49-101, en p. 65.

¹² 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”.

del Código Civil, cuando se trate de entrega de cosa determinada, ni lo recogido en el artículo 1167¹³ del mismo texto legal, cuando consiste en cosa indeterminada.

1.3. REQUISITOS ESENCIALES

La institución de la *datio in solutum* sólo tiene lugar cuando concurren determinados requisitos, estos son:

1. Preexistencia de una relación obligatoria.

La dación en pago, como se ha dicho con anterioridad, es un modo de extinguir las obligaciones, asimismo, será necesaria la preexistencia de una relación obligatoria entre acreedor y deudor. Se deduce del artículo 1175 del Código Civil que para que la obligación se pueda exigir, esta debe estar previamente establecida¹⁴. Además, debe estar constituida válidamente entre *accipiens* y *solvens*, y será necesario que esté vencida y sea exigible ya que la *datio in solutum* no podrá darse si aún es posible el cumplimiento de la obligación originaria. Si la dación en pago se da cuando la obligación no esté vencida ni sea exigible no estaremos ante esta institución¹⁵.

2. Acuerdo entre las partes

La *datio in solutum* sólo será posible cuando exista acuerdo entre *accipiens* y *solvens* en modificar la prestación debida por otra que satisfaga los intereses del *accipiens* (*aliud pro alio*¹⁶). De este modo, la voluntad del acreedor será un requisito esencial de acuerdo con el artículo 1166 del Código Civil.

3. Animus solvendi

El requisito del *animus solvendi* exige que la única intención tanto del acreedor como del deudor sea la de extinguir la obligación que les vincula. Si existe otra intención en la realización del *aliud*, esto es, en la realización de la prestación distinta a la debida, no se estaría ante la institución de la *datio in solutum*. Así, el *aliud* se ha de entregar a título de pago¹⁷.

4. Ejecución del aliud

¹³ Art.1167 Cc.: “Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”.

¹⁴ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...cit.*, p. 13.

¹⁵ BELINCHÓN ROMO, M. R., “Nociones generales...”, cit., p. 4.

¹⁶ El *alio* hace referencia a la prestación previamente pactada entre ambas partes y el *aliud* a una prestación distinta a la acordada.

¹⁷ BELINCHÓN ROMO, M. R., “Nociones generales...”, cit., p. 3.

El siguiente requisito para que tenga lugar la dación en pago es la ejecución por parte del *solvens* del *aliud*. De este modo, el deudor para considerar realizada la dación en pago deberá, llevar a cabo la nueva prestación pactada con efectos solutorios.

Una vez comprobada la preexistencia de una relación obligatoria válida entre *accipiens* y *solvens* vencida y exigible, así como la voluntad del acreedor de aceptar el *aliud pro aliud*, ratificada la única intención de las partes de extinguir la obligación que les vincula, y realizada la nueva prestación pactada por el *solvens*, se entenderá aplicable la institución de la dación en pago. Al darse la *datio in solutum* se producirán los efectos típicos del pago o cumplimiento de la obligación que son: la extinción de la obligación, la liberación del deudor y la satisfacción de los intereses crediticios.

1.4. NATURALEZA JURÍDICA

Como consecuencia de la falta de regulación legal de la dación en pago en el ordenamiento jurídico civil se han desarrollado, tanto en el campo de la doctrina científica como en el de la doctrina jurisprudencial, diferentes teorías sobre su naturaleza jurídica. De este modo, la dación en pago ha sido considerada como: 1. Contrato de compraventa; 2. Novación, por cambio de objeto; 3. Modalidad de pago; 4. Negocio jurídico de características complejas¹⁸. Se revisan a continuación cada una de estas posibilidades:

1.4.1. Contrato de compraventa

Esta teoría consiste en la creencia de que con la dación en pago el deudor vende el objeto dado en pago al acreedor. De modo que, el precio que el acreedor tiene que pagar al deudor en esta compraventa se compensa con la obligación que el deudor tenía a favor del acreedor. Así, se resuelven los problemas que suscitan los posibles defectos en el *aliud* puesto que, como corresponde a toda compraventa, el deudor tiene la obligación del saneamiento de la cosa vendida conforme al artículo 1461 del Código Civil¹⁹. La legislación en la que se basan sus defensores para afirmar que la tesis es conforme a derecho son, entre otros, los artículos 1521²⁰ y 1636²¹ del Código Civil.

¹⁸ RAMOS PAZOS, R., *De las obligaciones*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 385.

¹⁹ RAMOS PAZOS, R., *De las obligaciones...*, cit., p. 385. Art.1461 Cc.: "El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta".

²⁰ Art.1521 Cc.: "El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago".

En cuanto a la doctrina científica, la equiparación de la *datio in solutum* con el contrato de compraventa era la teoría que predominaba en época romana²². En el siglo II d.C., juristas como Ulpiano asemejaban ambas instituciones alegando que *dare in solutum, est vendere* y otorgando al *accipiens* una acción útil *ex empto*, muy similar a la de la compraventa²³. La interpretación romanística fue rescatada por los franceses Domat y Pothier a finales del S.XVII y principios del S.XVIII. Sin embargo, Pothier afirma que la dación en pago sólo se parecía a la compraventa en aquellos casos en los que el *aliud* era una obligación relativa a objetos corporales y el *alio* una obligación de dinero, pero no en el resto de casos²⁴. En el S.XIX, esta teoría fue predicada por el jurista y político español García Goyena y, con posterioridad, reiterada por pensadores tales como Sánchez Román, Castán Tobeñas, Fernández Rodríguez, García Amigo y Ripert entre otros²⁵.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, se pueden encontrar sentencias que siguen esta tendencia desde 1881²⁶. Las más significativas son algunas como: la STS 9 de enero de 1915²⁷; la STS 9 de diciembre de 1943²⁸; la STS 8 de noviembre de 1966²⁹; STS 13 de febrero de 1989; la STS 8 febrero de 1996³⁰; la STS 4 de mayo 2006³¹.

Como se ha visto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido proclive, ya desde antiguo, a reconocer en el vínculo de la dación en pago el contrato de compraventa³². Tanto es así que hay autores que opinan que el Tribunal Supremo en sus decisiones

²¹ Art.1636 Cc.: “Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica”.

²² Como ejemplo de ello D. 42, 4, 15: “El que ha recibida una cosa por permuta es comparable al comprador; también el que recibió una cosa en lugar del pago (...)”.

²³ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 116.

²⁴ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 117.

²⁵ Citados por SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 117.

²⁶ STS 14 de noviembre de 1881.

²⁷ STS 9 de enero de 1915: “(...) el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido, constituye un verdadero contrato de compraventa (...)”.

²⁸ STS 9 de diciembre de 1943 “(...) dación en pago (...) se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer, adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del art.1521 del Código civil y de las declaraciones hechas por la Sentencia de 9 de enero de 1915(...)”.

²⁹ STS 8 de noviembre de 1966 “(...) la dación en pago es una compraventa, y así parece entenderlo en el C. Civ., en los arts. 1521, 1636 y 1849, en los que ve a la dación en pago a la venta (...)”.

³⁰ STS 8 febrero de 1996 que transcribe la STS 13 de febrero de 1989: “(...) actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa (...)”.

³¹ STS 4 de mayo 2006 establece que la dación en pago es un negocio jurídico análogo a la compraventa.

³² BELINCHÓN ROMO, M.R., “La dación en pago...”, cit., p. 2.

no se ha planteado la naturaleza jurídica de la dación en pago, sino que se ha limitado a transcribir lo ya establecido en sentencias de comienzos del siglo S.XIX³³.

A pesar de considerarse como la teoría clásica sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago, existen detractores. Sastre Papiol afirma que la *datio in solutum* y el contrato de compraventa son instituciones totalmente diferentes que tienen diversas estructuras, finalidades y efectos. Además, añade que la consideración como tal llevaría a la desnaturalización de la institución por adhesión a la figura de la compraventa. Otros como Belinchón Romo³⁴ afirman que al ser considerado el contrato de compraventa como el contrato oneroso por excelencia, se pueden aplicar analógicamente las reglas de los artículos 1445 a 1537 del Código Civil a cualquier acto jurídico que no tenga regulación jurídica propia y que tenga causa onerosa. Por tanto, si la dación en pago tiene causa onerosa serán de aplicación las normas referidas al contrato de compraventa; pero, a continuación, señala que eso no significa que la dación en pago tenga la naturaleza jurídica del contrato de compraventa puesto que también se puede dar en el seno de un negocio jurídico gratuito³⁵.

A pesar de ser la doctrina más seguida, quizás la equiparación de la dación en pago al contrato de compraventa no sea la opción más acertada. Parece ser que, como afirman muchos de sus detractores, son instituciones diferentes y, además, la intencionalidad de las partes no coincide con la exigida en el contrato de compraventa ya que ni el acreedor pretende la compra del bien dado en pago, ni el deudor pretende su venta.

1.4.2. Novación

Los defensores de esta teoría alegan que la *datio in solutum* tiene como consecuencia la creación de una nueva relación. De este modo, al afirmar que la antigua obligación es sustituida por una nueva, cuyo objeto es el *aliud*, asemejan la *datio in solutum* a la novación³⁶.

Por lo referido a la doctrina, el máximo exponente de esta concepción lo encontramos en la doctrina francesa posterior al *Code Napoleon*. Así, en el S.XIX, rompiendo con la tradicional concepción que equiparaba la dación en pago a la compraventa, juristas franceses como Aubry, Rau o Demolombe defienden esta tesis. En España, en el

³³ Por ejemplo, la STS 30 de noviembre de 2000 transcribe lo dispuesto en la STS 13 de febrero de 1989; BELINCHÓN ROMO, M.R., "La dación en pago...", cit., p. 6.

³⁴ BELINCHÓN ROMO, M.R., *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 23.

³⁵ BELINCHÓN ROMO, M. R., "Nociones generales...", cit., p. 12.

³⁶ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 119

S.XX, están a favor de esta concepción De Buen, Clemente de Diego, Manresa y Sastre Papiol³⁷. Por lo referido a la jurisprudencia, podemos destacar sentencias del Tribunal Supremo como la del 9 de diciembre de 1943³⁸ y la del 1 de marzo de 1969³⁹.

Los detractores de esta teoría alegan que no nace una nueva obligación, sino que, sólo existe una obligación y que, con la dación en pago, se produce su extinción. Además, la novación requiere *animus novandi* y difiere del *animus solvendi* que precisa la dación en pago⁴⁰. Opositores de esta concepción, tales como Hernández Gil⁴¹, se basan en el contenido del artículo 1849 del Código Civil⁴² para rechazar la tesis novatoria de la dación en pago⁴³.

Podría considerarse que la figura de la dación en pago se acerca más a la naturaleza jurídica de la novación que a la del contrato de compraventa, ya que el hecho de sustituir la prestación previamente pactada por una nueva se asemeja a la creación de una nueva relación obligatoria, tal y como sucede en el caso de la novación. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* quizás no coincida con exactitud con esta figura debido a que, como alegan algunos autores, sería necesario el requisito esencial del *animus solvendi*.

1.4.3. Modalidad de pago

Otra parte de la doctrina considera que la dación en pago es una forma particular de pago. Los defensores consideran que es una modalidad de pago puesto que se extingue la obligación existente, pero sin entregarse la prestación previamente convenida sino que entregándose un *aliud pro alio*.

En cuanto a la doctrina, esta concepción surgió en el S.XX y la defendieron pensadores como Puig Peña, Latour Brotons y Ruggiero⁴⁴. En cuanto a la

³⁷ Citados por SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., pp. 120 y 134. La dación en pago “es un negocio bilateral y oneroso de origen novatorio”.

³⁸ STS del 9 de diciembre de 1943: a pesar de hacer también referencia a la equiparación con el contrato de compraventa establece “(...) la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario y como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores (...)”.

³⁹ STS del 1 de marzo de 1969: “la dación en pago, bien se catalogue, como una venta o bien se la configure como una novación”.

⁴⁰ RAMOS PAZOS, R., “De las obligaciones...”, cit., p. 386.

⁴¹ Refleja su posición en el comentario a la STS de 9 de diciembre de 1943.

⁴² 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”.

⁴³ SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 120.

⁴⁴ Citados por SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago...*, cit., p. 118.

jurisprudencia, es importante destacar sentencias tales como la STS la STS del 29 de abril de 1991⁴⁵ o la STS del 25 de mayo de 1999⁴⁶.

Autores como Sastre Papiol se muestran contrarios a esta teoría puesto que no puede considerarse que la *datio in solutum* sea una modalidad de pago ya que carece del presupuesto indispensable de la *solutio*, pago o cumplimiento en el ámbito de las obligaciones, que es el cumplimiento de la prestación debida, tal y como exige el artículo 1157⁴⁷ del Código Civil. De este modo, al amparo de los artículos 1156, 1157 y 1166 del Código Civil, el cumplimiento de las obligaciones a través del pago debe comportar la realización real y efectiva de la prestación previamente convenida entre las partes sin que quepa la entrega de un *aliud pro alio*⁴⁸. Por tanto no puede considerarse, la dación en pago como un modo particular de pago.

Parece ser que la institución objeto de estudio tampoco pueda ser considerada como una modalidad de pago debido a que, como se ha dicho anteriormente, el pago consiste en la entrega de la prestación debida y con la dación en pago el deudor entrega al deudor una prestación distinta a la previamente pactada con la intención de extinguir la relación obligatoria existente entre ambas partes. Por este motivo, parece evidente que la naturaleza jurídica de ambas instituciones no coincide.

1.4.4. Negocio jurídico con características complejas

Los autores que defienden esta postura doctrinal afirman que la *datio in solutum* es un negocio jurídico con características complejas que es asimilable a la compraventa y tiene caracteres de la novación y del pago. Por tanto, consideran que la naturaleza jurídica de la dación en pago abarca todas estas instituciones⁴⁹.

Pensadores franceses como Planiol y Ripert apoyan esta tesis y afirman que la dación en pago combina varias operaciones. En la doctrina española encontramos entre sus defensores a Castán Tobeñas y Espín Canovas que defienden la naturaleza mixta de la dación en pago. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, es relevante señalar la STS de 9 de diciembre de 1943 en la que se configura la dación en pago como una institución que participa tanto en los caracteres de la compraventa, novación y pago.

⁴⁵ STS del 29 de abril de 1991:“(…)una especie de pago parcial integrador de la figura liberatoria que la doctrina ha constituido bajo la denominación de dación en pago”.

⁴⁶ STS del 25 de mayo de 1999 la dación en pago “(…) es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (…).”

⁴⁷ Art. 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”.

⁴⁸ SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago...*, cit., p. 118.

⁴⁹ SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago...*, cit., p. 120.

Quizás tampoco sea lo más apropiado afirmar que la dación en pago se asemeja a todas las figuras anteriores puesto que no se ajusta con precisión a ninguna de ellas. Por este motivo, parece ser que la opción más acertada sea la de considerar la dación en pago como una figura autónoma independiente del resto.

1.4.5. Recapitulación

La falta de regulación de la institución tiene como consecuencia la inseguridad jurídica debido a que, ni en la doctrina científica, ni en la doctrina jurisprudencial se ha seguido una misma línea dogmática que aporte claridad a la institución. Parece ser que la solución contra la inseguridad jurídica es regular la dación en pago en nuestro Código Civil de forma autónoma e independiente al resto de instituciones como se ha hecho, por ejemplo, en el Derecho Civil de Navarra o en los ordenamientos civiles de Italia y Portugal, en los que existe una regulación específica de la dación en pago.

1.5. LA DACIÓN EN PAGO: HIPOTECA INMOBILIARIA

La dación en pago tendrá lugar siempre y cuando preexista una relación obligatoria, haya acuerdo entre las partes, exista *animus solvendi* y se ejecute el *aliud*. Antes de iniciar un estudio más pormenorizado de la institución, es relevante definir el derecho real de hipoteca y explicar en qué consiste la dación en pago en este supuesto concreto. De este modo, la hipoteca⁵⁰ es definida por Roca Sastre como “un derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e invisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables que permanecen en la posesión del propietario”⁵¹. De esta definición se deduce que: es un derecho real inmobiliario; es un derecho de realización del valor⁵²; tiene la función de garantía del cumplimiento de la obligación pecuniaria⁵³; está constituido para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, por lo que tiene carácter accesorio⁵⁴; es indivisible⁵⁵; la inscripción

⁵⁰ Regulada en: art. 1874 a 1880 Cc.; arts. 104 a 197 LH; arts. 215 a 271 RH.

⁵¹ Enciclopedia Jurídica. Consultada en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/hipoteca/hipoteca.html>.

⁵² Art.1858 Cc.: “Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en qué consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”.

⁵³ Art. 1861 y 105 LH. Según el art.1861 Cc. puede garantizar todo tipo de obligaciones pero estas se deben poder convertir en dinero.

⁵⁴ Art.1857 Cc. y 1528 Cc. en relación con el art. 149 LH.

⁵⁵ Art.1870 Cc. y art.122 LH. La garantía subsiste íntegra frente a todos los bienes hipotecados hasta que no se cancele en su totalidad.

de la hipoteca es constitutiva⁵⁶; deben ser bienes inmuebles ajenos y enajenables⁵⁷; no existe, por regla general, desplazamiento posesorio.

Por tanto, la dación en pago, en estos casos, consistiría en la entrega, por parte del deudor, del bien inmueble hipotecado que tendría como consecuencia la extinción de la obligación pecuniaria principal garantizada con la hipoteca. Así, el deudor en lugar de llevar a cabo la prestación previamente acordada entre ambos que consistía en la entrega de una cantidad determinada de dinero, realizaría una prestación diferente que consistiría en la entrega del bien inmueble hipotecado con el que garantizaba la deuda (*aliud pro alio*), con esto se extinguiría la obligación y se producirían los efectos propios del pago que son la extinción de la obligación, la liberación del deudor y la satisfacción de los intereses crediticios.

La situación actual por la que está atravesando nuestro país ha llevado a que muchas personas no puedan hacer frente a los pagos mensuales procedentes de los préstamos hipotecarios que tienen con las entidades financieras. Como consecuencia, los acreedores, alegando el incumplimiento de las obligaciones del deudor, acuden a la vía judicial y se inicia, así, la ejecución hipotecaria. El proceso de ejecución hipotecaria tiene como resultado el desalojo del inmueble y la consiguiente subasta del bien. De manera que, una vez desalojada la vivienda, si con la ejecución del bien no se salda la totalidad de la deuda el deudor deberá seguir pagando la cantidad restante. Esta situación ha llevado a que exista un clamor social liderado, entre otros, por la PAH que pide la aplicación de la dación en pago por ley con efectos retroactivos como modo de extinguir de forma completa la deuda garantizada con la hipoteca y como medio sustitutivo al proceso de ejecución hipotecaria. La PAH considera la ejecución hipotecaria como una injusticia social dada la situación económica de las personas que sufren sus consecuencias y la dación en pago como solución a este problema ya que, con la entrega del bien inmueble hipotecado, se saldaría la totalidad de la deuda.

En este contexto, una vez fijados los conceptos generales que se deben conocer acerca de la dación en pago se procederá a explicar la evolución histórica de la institución desde el Derecho Romano hasta la época actual mostrando especial interés en la *datio in solutum* como medio de extinción de la obligaciones garantizadas por una hipoteca inmobiliaria.

⁵⁶ Art. 1875 Cc.: “Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (...)”.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. DERECHO ROMANO

2.1.1. *Datio in solutum* voluntaria

La dación en pago fue usada con frecuencia en la economía romana, sin embargo, las fuentes romanas no se refieren a ella con una única locución ni tampoco la identifican con la concreta expresión *datio in solutum*. Las expresiones que utilizan son, entre otras, “*aliud commutare*”, “*in solutum dare*”, “*rem proolvere*”, “*aliud pro alio permutare*” y “*pro pecunia dare*”. De hecho, fue la tradición jurídica romanística de la época medieval y renacentista la responsable de que esta institución pasara a nuestros días a través de la expresión dación en pago o *datio in solutum*⁵⁸.

Aunque los juristas romanos se refirieran a la dación en pago con otras expresiones, no hay duda de que su origen tuvo lugar en época romana, concretamente a finales de la República⁵⁹. Según varios autores, el ambiente agrario que dominó ese periodo y la escasa circulación de moneda, tuvo como consecuencia que las relaciones obligatorias dinerarias perdieran su naturaleza, que el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias aumentara y que surgiera la dación en pago como solución a estos problemas. De este modo, los campesinos afrontaban sus deudas a través de entregas en especie y el cauce jurídico de esta práctica se materializaba a través del uso de la acción *condictio triticaria*⁶⁰ en el edicto del pretor⁶¹. “En la terminología justiniana se aplica el nombre de *condictio certae rei* para las estipulaciones *in dando* de sumas de dinero y *condictio triticaria* (de *triticum*: grano, cereal) para las estipulaciones *in dando* de otras cosas fungibles”⁶².

Así, tal y como establece el jurista Gayo, la dación en pago voluntaria era utilizada como un modo de extinción de las obligaciones en el Derecho Romano. A través de la *datio in solutum* el deudor que no podía hacer frente a sus deudas pero que pretendía

⁵⁸ En relación a lo expuesto vid. BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *RJUAM* núm. 21, pp. 33-53, en p. 36.

⁵⁹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum*...”, cit., pp. 34-35. Saccoccio afirma que la práctica del *aliud pro alio* fue habitual en época romana. Pone como ejemplo el fragmento de Tito Livio 26, 35, 1-4 donde se refleja como para hacer frente a los desastres causados por Aníbal en la segunda guerra púnica se solicitó un préstamo a los ciudadanos por el Senado y ante las dificultades económicas que surgieron para poder satisfacerlo, el Senado les ofreció en pago la entrega de fincas (Tito Livio, 20, 16, 1-3).

⁶⁰ Esta acción hacía mención al *triticum* (trigo) como bien primario de la economía romana y fue recogida en el Digesto de Justiniano en el título 3 del libro 13.

⁶¹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum*...”, cit., p. 35.

⁶² TORRENT RUÍZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2005, p. 204.

dar satisfacción al acreedor, le pedía (*pro rogationem*) que aceptara la realización de una prestación distinta en lugar de aquella que previamente habían convenido (*aliud pro alio*). De este modo, cuando el acreedor aceptaba, tenía lugar la dación en pago. Su existencia se encuentra reflejada en varios fragmentos del Digesto de Justiniano tales como: D. 12, 1, 2, 1 “No puede pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor (...)” en el que se exige el requisito de aceptación por parte del acreedor; y D. 13, 7, 9, 3 “Entendemos por haberse satisfecho (la obligación), de cualquier modo que haya aceptado el acreedor, aunque no se haya pagado (...)” en el que se pone de manifiesto que cualquiera que sea la forma de satisfacer la obligación existente entre las partes será válida si es aceptada por el acreedor.

Como se ha visto, muchos autores fijan el nacimiento de esta institución en época republicana ya que, hasta ese momento, la dación en pago no existía como institución autónoma y la *solutio* sólo se entendía como la realización del “*eius quod debetur*”⁶³. De este modo, hasta entonces se defendía el principio *aliud pro alio invito creditorum solvi non potest* que prohibía que el deudor extinguiera el vínculo obligatorio con el acreedor a través de realización de una prestación distinta a la convenida. Este principio fue defendido por autores tales como Ulpiano como se puede apreciar en el D. 50, 16, 176 en el que se establece que no hay cumplimiento si el deudor ejecuta una prestación diferente a la debida. Así, la *datio in solutum*, se presenta como una excepción a esa doctrina basada en la libertad negocial y en la voluntad de las partes que tenía como consecuencia la disolución del vínculo obligacional (*solutio*), la liberación del deudor (*liberatio*) y la satisfacción del acreedor (*satisfactio*)⁶⁴. El caso más frecuente que se documentó en los fragmentos romanos fue aquel en el que la obligación previamente convenida entre las partes era la entrega de una suma de dinero y se extinguía con la entrega de una cosa mueble o inmueble⁶⁵.

⁶³ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum*...”, cit., p. 34; “*eius quod debetur*”: lo que es debido.

⁶⁴ D. 12, 1, 19, 1: “(...) el que dio en pago quedará liberado del que recibió (...)”; D. 50, 16, 47: “El término liberación vale tanto como pago (...)”; D. 13, 7, 9, 3: “Entendemos por haberse satisfecho (la obligación), de cualquier modo que haya aceptado el acreedor, aunque no se haya pagado (...)”; D. 42, 1, 4, 7: “Debemos entender que ha pagado, no sólo el que propiamente paga, también el que recibió una cosa en lugar del pago (...)”; D. 50, 16, 176: “Se admite que con la palabra *solutio* o pago debe entenderse toda clase de satisfacción de una obligación (...)”; D. 12, 6, 26, 4: “ (...) se estimó procedente que el pago de una cosa en lugar de una cantidad produjera la liberación del deudor (...)”.

⁶⁵ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum*...”, cit., p. 54. D. 46, 3, 46, 2: “(...) si uno hubiera dado en pago un fundo (...)”; D. 3, 6, 1, 4: “Decimos que recibió dinero cuando recibió otra cosa en vez de dinero (...)”; D. 16, 1, 5: “Es lo mismo que pague en dinero o que dé en pago cualquier otra cosa suya”.

Es importante señalar que Julio César, en las postrimerías de la República en un periodo marcado por la penuria económica causada por las continuas guerras civiles que se sufrían en la época, puso en práctica la *datio in solutum necessaria*. La *datio in solutum necessaria* es diferente a la voluntaria puesto que no depende de la voluntad del acreedor sino que se le impone a este. De este modo, Julio César a través de la *traditio* de los bienes muebles o inmuebles de sus deudores pretendía la satisfacción de los acreedores, muchos de ellos partidarios suyos en la guerra contra Pompeyo, que no conseguían cobrar las cantidades reclamadas dada la difícil situación económica que se vivía en el momento⁶⁶.

A comienzos del Imperio surgieron diferencias acerca de la consideración de la dación en pago voluntaria entre las dos escuelas de Derecho más conocidas en Roma: la escuela proculeyana y la sabiniana. A pesar de existir diferencias teóricas entre ambas corrientes, las dos confirmaban que con la *datio in solutum* el deudor quedaba liberado y no era posible la reclamación de lo debido en un juicio posterior. En particular, por un lado, los proculeyanos afirmaban que la obligación no se extinguía con la dación en pago, si no que subsistía, y que, en caso de que el acreedor reclamase el pago de lo debido, se concedía una *exceptio doli* al deudor. Por otro lado, los sabinianos consideraban que la dación en pago tenía como resultado la extinción *ipso iure* de la obligación puesto que sostenían que tenía la misma esencia que los contratos de compraventa y permuta. En este caso, a diferencia de los proculeyanos, los sabinianos identificaron la *datio in solutum* con la *solutio*⁶⁷. Entre las teorías aportadas por ambas escuelas, la más seguida en el Derecho Romano fue la defendida por los sabinianos⁶⁸.

Según Betti⁶⁹, se puede observar una evolución jurídica en la figura de la *datio in solutum* a lo largo de la Historia de Roma. Sin embargo, a pesar de existir diferencias

⁶⁶ VILLA ROSAS, G., "La recepción de la *datio in solutum*...", cit., p. 65. Valor de los inmuebles y muebles equivalentes a antes de la guerra; BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum*...", cit., p. 39.

⁶⁷ VILLA ROSAS, G., "La recepción de la *datio in solutum*...", cit., pp. 59ss.

⁶⁸ Ulpiano equiparaba la dación en pago a la compraventa y afirmaba que la dación coincidía con el pago y que el bien entregado con el precio; Hirata afirmaba que en los casos de dación en pago *pro pecunia* el valor del *aliud* era equivalente a la prestación original debida, como si hubiera habido *solutio ipso iure*.

⁶⁹ BETTI, E., *Appunti di teoria dell' obbligazione*, Roma, 1958, pp. 314ss, citado en BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum*...", cit., pp.37-38. En época arcaica, con esta institución se pretendía evitar la responsabilidad en la que podría incurrir el deudor en caso de incumplimiento y procurar la *satisfactio* del acreedor; en época clásica, se entendía la dación en pago como "un subrogado convencional de la *solutio eius quod debetur*, que tenía lugar en vez del cumplimiento"; y, por último, en época post-clásica, esta institución es considerada "como convención de un subrogado, dotada de efectos obligatorios y agrupada con negocios de carácter oneroso apta para generar un *actio empti utilis* en caso de evicción".

en su consideración a lo largo de la historia romana, en todas las etapas la *datio in solutum* requería como elemento esencial el consentimiento del acreedor.

2.1.2. *Datio in solutum necessaria*

Más tarde, a principios del siglo VI, en el Derecho Justiniano surgió la conocida como *datio in solutum necessaria*⁷⁰. Esta figura es diferente a la anterior ya que no es precisa la voluntad del acreedor, sino que éste queda obligado a aceptar el *aliud pro alio* que le ofrece el deudor en pago de la obligación existente entre ambos, eso sí, siempre y cuando se cumplan las exigencias que vengan determinadas por las normas. De esta manera, la *datio in solutum* se impone al acreedor sin tener en cuenta el principio de libertad contractual y se constituye como un sustituto legal a la ejecución de los bienes del deudor a través de la vía judicial ordinaria⁷¹.

A pesar de que fue Julio César quien utilizó la figura de la *datio in solutum necessaria* por primera vez, las fuentes jurídicas ubican el origen de esta nueva figura en las Novelas de Justiniano 4, 3 (a. 535) y 120, 6, 2 (a.544). En época de Justiniano el Imperio también estaba atravesando por una grave situación económica y social provocada ya tanto por la dura guerra contra los persas como por los enfrentamientos sufridos en Occidente. Esto tuvo como resultado una coyuntural contracción de dinero circulante, la disminución del valor de muchos inmuebles y el aumento del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias⁷². Fue en este momento de inestabilidad cuando el emperador se inspiró en la institución empleada por Julio César e instauró la conocida como *datio in solutum necessaria*. El principal objetivo de esta figura, según la explicación justiniana, era la ayuda a los deudores de contratos de mutuo que no eran capaces de hacer frente a sus deudas, no obstante, esta normativa tenía alcance general y, por tanto, cabía su utilización por parte de deudores insolventes de otro tipo de obligaciones⁷³. El emperador, a pesar de reconocer que el principal objetivo era la ayuda al *solvens*⁷⁴, justificaba la adopción de esta medida alegando que se respetaba el equilibrio contractual al tenerse también en cuenta el

⁷⁰ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 39. “La expresión *datio in solutum necessaria* no aparece en las fuentes romanas sino que fue acuñada dogmáticamente por un jurista italiano de época renacentista, Tiberio Deciani (1509-1582), para distinguir esta figura de la *datio in solutum voluntaria (...)*”.

⁷¹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 39.

⁷² LUCKS, K.M. citado en BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 42.

⁷³ Tal y como lo entiende Saccoccio citado en BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 42.

⁷⁴ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 64. Según el razonamiento justiniano por razones humanitarias.

interés del acreedor puesto que recibía en pago los mejores inmuebles del deudor⁷⁵. Además añadían que, aunque no se hubiera dictado esa ley, el estado de insolvencia de los ciudadanos hubiera llevado al acreedor al mismo resultado “(...) porque si el deudor no estuviera provisto de dinero, ni hubiera ningún comprador, no habría de hacer ninguna otra cosa más que ceder bienes propios, y con razón irían otra vez los bienes al acreedor que no pudiera cobrar en dinero”⁷⁶. Así, según el razonamiento justiniano, a través de la *datio in solutum necessaria* se lograba un equilibrio entre el interés del *accipiens* y del *solvens*.

En la primera de las novelas de Justiniano, la Novela 4, 3⁷⁷ se recoge: “(...) Si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviese bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamado 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 (...); “(...) Désele al acreedor los que ciertamente son mejores, y déjese que queden después del pago de la deuda en poder del deudor los que son peores (...); “(...) Auxiliamos a los infelices deudores, y no les pareceremos duros a los acreedores rigurosos (...)”. De este modo, en esta novela se estipula el procedimiento a seguir, así, se advierte que para que tuviera lugar este tipo de dación en pago era preciso cumplir una serie de requisitos: en primer lugar el acreedor tenía que reclamar judicialmente la satisfacción de la obligación por parte deudor; este último no debía disponer de la suma adeudada ni tampoco de bienes muebles; y, además, el *solvens* tenía que haber intentado la venta de los bienes inmuebles de los que dispusiera y esta operación haber resultado infructuosa. Una vez cumplidas estas premisas el juez correspondiente debía hacer una valoración de los bienes inmuebles del deudor y, una vez valorados, se otorgaba al acreedor la posesión de aquel o aquellos que tenían mayor valor para que con la venta de estos se verificara una dación en pago⁷⁸. De este modo se conseguía que tanto el interés del deudor como el del acreedor se vieran satisfechos⁷⁹. El *accipiens* lograba que el *solvens* satisficiera su

⁷⁵ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 64.

⁷⁶ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 41. “(...) Auxiliamos a los infelices deudores y no les parecemos duros a los acreedores rigurosos (...)”.

⁷⁷ Traducción al castellano de Nov. 4, 3 de GARCÍA DEL CORRAL, I.L. en BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 39.

⁷⁸ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 41. Nov. 4, 3: “Porque no será justo que el que ciertamente da dinero, pero no puede recobrar dinero, sino que se ve obligado a aceptar posesiones de inmuebles, no reciba al menos los mejores bienes del deudor, y tenga de este modo el consuelo de que, si no recibe dinero, u otras cosas que se puedan llevar consigo, no es, sin embargo, lícito tener una posesión no inútil (...)”.

⁷⁹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 43. La propia ley reconoce que “el resultado económico que se deriva del procedimiento establecido en Nov. 4, 3 tampoco

deuda y el *solvens*, a través de la *datio in solutum*, evitaba que se llevara a término el procedimiento concursal ordinario⁸⁰.

A continuación, en el año 544 d.C., Justiniano publica la Novela 120, 6, 2⁸¹. A diferencia de la anterior, la normativa estipulada en esta obra no tenía alcance general sino que únicamente se aplicaba en relación a los establecimientos cristianos destinados a la beneficencia pública, las conocidas como "*Piae Causae*"⁸². De acuerdo con el citado texto legal, los acreedores de los entes eclesiásticos debían considerar satisfecho su crédito con la entrega, por parte de las "*venerabiles domus*", de bienes inmuebles que tenían en su propiedad⁸³. El procedimiento a seguir en estos casos era diferente al anterior: se llevaba a cabo a través de un procedimiento extrajudicial tutelado por las autoridades eclesiásticas; se desarrollaba únicamente a iniciativa de la "venerable casa" y no del acreedor; y se otorgaba al acreedor un inmueble de calidad intermedia entre los que poseían y no el de mayor valor como se establecía como regla general. Como se puede observar, los establecimientos cristianos gozaban de una serie de privilegios a la hora de proceder a la dación en pago que no disfrutaban el resto de deudores insolventes que se regían por lo establecido en la Nov. 4, 3.

se diferencia básicamente del resultante de un procedimiento de ejecución patrimonial ordinario dirigido contra el deudor insolvente a iniciativa del acreedor; sin embargo, vemos que desde el punto de vista jurídico se articula una forma de dación en pago que en la práctica, o al menos, en la mayoría de los casos, vendría a comprender básicamente los mismos bienes que si hubiese tenido lugar la ejecución patrimonial del deudor en virtud de una sentencia judicial pero que le salva a éste de ser condenado en juicio con las consecuencias infamantes que esto le acarrearía y, en todo caso, evita un proceso que puede ser duro y costoso para ambas partes".

⁸⁰ BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum*...", cit., pp. 39ss.

⁸¹ Traducción al castellano de Nov. 4, 3 de GARCÍA DEL CORRAL, I.L. en BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum*...", cit., p. 39. "(...) Y también hemos considerado conveniente determinar esto sobre las mismas venerables casas, que, si alguna de ellas se obligaran a deudas o por las contribuciones públicas, o por otra causa necesaria de la misma casa, y no es posible que dichas deudas sean pagadas con los bienes muebles, se le dé ciertamente en primer lugar al acreedor una cosa inmueble en prenda especial, para que percibiendo frutos de ella se los aplique tanto para las mismas cantidades recibidas en mutuo y debidas, como para los intereses (...). Mas si no quisiere saldar de este modo la deuda, mandamos que (...) expóngase (...) por escrito por espacio de veinte días en un lugar público de la ciudad (...) e inviten de este modo a los que quieren comprar la cosa inmueble, para que el que más ofrezca sea preferido a los otros. Mas precediendo todas estas formalidades, hágase la venta, dándose de todos modos el precio por la deuda, de suerte que el comprador no tenga satisfecha de otro modo, sino si el precio se pagara para la misma deuda (...). Pero si del modo susodicho no se encontrara comprador de tal cosa, mandamos que el acreedor reciba la misma posesión por derecho de las susodichas venerables casas, "que se dice en pago", habiéndose hecho justa y escrupulosa estimación (...). Mas la cosa inmueble, que de este modo se da, no sea dada a elección del acreedor, sino con arreglo a equidad (...)".

⁸² BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum*...", cit., pp. 46-47. Estas medidas eran adoptadas para proteger y promover la existencia de las "*Piae causae*" que comprendían básicamente a las "*venerabiles domus*" que "tanta importancia adquirieron en el ámbito cultural bizantino y más tarde, en el Occidente europeo".

⁸³ VILLA ROSAS, G., "La recepción de la *datio in solutum*...", cit., p. 65.

De este modo, tanto Julio César como Justiniano rompen con la tradicional consideración de la dación en pago como medio de extinción de las obligaciones basado en la voluntad del acreedor utilizada hasta el momento. De este modo, introducen la figura de la *datio in solutum necessaria* en virtud de la cual el acreedor se ve obligado a aceptar *aliud pro alio* cuando concurren determinadas circunstancias establecidas por ley. En ambas ocasiones estas medidas se consideran la solución al problema de insolvencia generalizada de los ciudadanos que no podían hacer frente a sus deudas como consecuencia de periodos de penuria económica y social.

Por último, cabe señalar que autores como Blanch Nougés⁸⁴ apuntan que las medidas adoptadas por Julio César en el siglo I a.C. sólo constituyeron una solución puntual a un problema socio-económico concreto, mientras que el verdadero origen de la *datio in solutum necessaria* se encuentra en las novelas de Justiniano que regularon la institución ya tanto en el ámbito procesal como en el material, puesto que, como ha sido explicado anteriormente, detallan de forma más específica el contenido de la figura, concretan cuales son los requisitos a cumplir y el procedimiento a seguir.

2.2. EDAD MEDIA Y CONEXIÓN CON LA ACTUALIDAD

Los juristas de la Edad Media analizaron con detenimiento la literatura romana. De esta manera, obras como las Novelas de Justiniano (Nov. 4, 3 y Nov. 120, 6, 2) y el Digesto⁸⁵ fueron profundamente estudiadas por los glosadores y comentaristas medievales y recibidas en el *ius commune* europeo. Así, a través de la interpretación de las fuentes romanas se recreó en el Derecho intermedio la figura de la *datio in solutum necessaria* existente en época de Justiniano. Comentaristas tales como Baldo Ubaldis – S.XIV – o Jasón del Maino – S.XV– idearon el llamado *beneficium dationis in solutum* que venía a ser la institución equivalente a la *datio in solutum necessaria*

⁸⁴ BLANCH NOUGÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 40.

⁸⁵ BLANCH NOUGÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., p. 48. Diversos fragmentos del Digesto fueron reinterpretados por los glosadores y comentaristas medievales y creyeron erróneamente que en los mismos se contenían supuestos de *datio in solutum necessaria* (D. 13, 1, 8 pr.; D. 30, 71, 3; D. 6, 1, 68; D. 34, 2, 1, 1; D. 19, 2, 9 pr.; D. 19, 2, 60 pr.; D. 30, 47, 3; D. 46, 3, 95, 1). A modo de ejemplo: D. 30, 71, 3: “El que manifiesta que debe, pero justifica que no puede cumplir, debe ser atendido (...);” D. 34, 2, 1, 1: “Cuando el heredero debe dar a alguien una cierta cantidad de plata, se libera de propio derecho dándole una cantidad de dinero equivalente a la estimación de la plata (...)” D. 6, 1, 68: “Cuando el demandado no obedece al juez que dispuso la restitución, diciendo que no puede restituir, si tiene realmente la cosa, se transfiere su posesión por ministerio judicial y la fuerza militar, y la condena recae solamente sobre los frutos y cualquier otro accesorio. Si realmente no puede restituir porque obró con dolo para no poder, se le condena a la cantidad que el adversario hubiera jurado en estimación del litigio, sin limitación en la cuantía. Si no puede hacerlo, pero no obró con dolo la condena no sobrepasará el valor de la cosa, esto es el interés que tiene para el adversario. Esta opinión es general, y se aplica a todo, ya se trate de interdictos, de acciones reales o personales, cuando se restituye alguna cosa en virtud del arbitrio judicial”.

romana pero adaptada al espíritu menos individualista y más gremial de la Edad Media. De esta manera la *datio in solutum necessaria* utilizada en época medieval presentaba características propias diferentes a la empleada en época romana. Mientras que según la Nov. 4, 3 esta institución sólo podía ser utilizada por aquel deudor insolvente que le resulta imposible realizar el pago en el cauce de un procedimiento judicial y que no dispusiera de bienes muebles con los que afrontar el pago, en el Medievo se constituyó como un beneficio *ex lege* otorgado al deudor por el que podía llevar a cabo el *aliud pro alio* si cumplía los requisitos legalmente establecidos sin necesidad de acudir a la vía judicial y cuyo objeto quedó limitado a los bienes inmuebles. Con la utilización de esta figura se pretendió evitar que los bienes de los deudores fueran vendidos por precios irrisorios a través del proceso ordinario de ejecución empleado en la época⁸⁶.

Como consecuencia del estudio de la *datio in solutum necessaria* por parte de los glosadores y comentaristas en la Edad Media esta institución de origen romano es acogida en los ordenamientos jurídicos medievales y renacentistas europeos. En Italia apareció recogida en algunos *Statuti Comunali* tales como el *Statuto di Torino* del siglo XIII; los *Statuti de Milano* de 1216, 1396 y 1398; el *Statuto di Bergamo* de 1353; el *Statuto di Verona* de 1327; y el *Statuto di Camerino* de 1424⁸⁷. En Alemania después de la Guerra de los treinta años sufrida en el siglo XVII se adoptaron medidas para afrontar la crisis económica entre las cuales se incluyó el uso de la *datio in solutum necessaria*⁸⁸. En España esta figura se vio reflejada en el Fuero Real 3, 20, 16⁸⁹ y en las Partidas 5, 14, 3⁹⁰. En los siglos XVI y XVII la doctrina civilista española llevó a cabo una importante labor ya que, a través de autores tales como Francisco Salgado

⁸⁶ BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 49ss; Según REGEN citado en VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 70ss: después de la era de Justiniano y antes de la era de los glosadores y comentaristas medievales la figura de la *datio in solutum necessaria* aparece en el derecho germánico tradicional. Así como en la tradición del derecho marítimo.

⁸⁷ Según SACCOCIO citado en VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 72.

⁸⁸ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 72ss: “Según el S 172 del *Recessus Imperii Novissimus* de 1654, si los deudores transmitían a sus acreedores sus bienes muebles e inmuebles en lugar de la prestación pecuniaria original, debían ser considerados liberados. En este caso, el valor de cada bien debía corresponder al promedio calculado ente el valor anterior y posterior a la guerra”.

⁸⁹ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 72. “*Sy aquel que es tenuto de pagar algún debto à otro diere en paga bestia ò otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga è mas non gela pueda demandar*”.

⁹⁰ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 72. En primer lugar reafirma el principio “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*” pero continua alegando que: “*pero si acaeciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometteria, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador. Otrosí dezimos que si quel ouiese decho pleito de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la menra que avia prometido, debe cumplir de otra guise el pleito, según el alvedrío del judgador del lugar*”.

de Somoza, Alfonso de Guzmán o Juan Gutiérrez, se fijaron los condicionantes que limitaban el beneficio del deudor⁹¹.

La mayoría de la doctrina europea de los siglos XVII y XVIII defendía la figura del *beneficium dationis in solutum*, sin embargo, fue en este momento cuando surgieron detractores a este pensamiento. De este modo, juristas franceses como Domat – S.XVII – y Pothier – S.XVIII– se impusieron al reconocimiento de este beneficio del deudor alegando que al imponer al *accipiens* un *aliud pro alio* se estaba atentando contra el principio de libertad negocial, la igualdad de los acreedores y la seguridad jurídica⁹². A la vista de estos antecedentes doctrinales y teniendo en cuenta que uno de los principios que lideraron la Ilustración y la Revolución francesa fue el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito negocial, no es de extrañar que el codificador francés no incluyera esta figura en el *Code Napoleon* (Código de Napoleón⁹³).

De este modo, en los siglos XIX y XX se consagró de nuevo el principio romano *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* que tuvo como resultado el giro histórico en la doctrina a favor del deber de cumplimiento de las obligaciones y el reconocimiento de la *datio in solutum voluntaria*⁹⁴. Como consecuencia, los códigos civiles europeos que se basaron en el Código de Napoleón no contemplaron la existencia de la figura de la *datio in solutum necessaria*, pero sí que incluyeron referencias normativas a la figura de la *datio in solutum voluntaria*. No obstante, aunque la mayoría de los ordenamientos civiles europeos fueron influidos por el *Code Napoleon* y, por ende, por esta línea doctrinal, existen otros, pertenecientes al sistema jurídico germánico o influidos por este sistema⁹⁵, que sí que contemplan el fenómeno de la *datio in solutum*

⁹¹ Saccoccio citado por BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 49ss. Los requisitos necesarios eran: “a) el deudor no debe poseer dinero líquido, resultándole imposible obtenerlo; b) el deudor debe encontrarse en la imposibilidad de encontrar un comprador de sus bienes, o mejor, de encontrar uno que ofrezca pagar por ellos un precio justo; c) el acreedor debe poder elegir entre las mejores cosas del deudor; d) el deudor debe transmitir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y además responder en caso de evicción”.

⁹² BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 50ss; VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 73ss.

⁹³ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 74. A parte de la vulneración, entre otros, al principio de libertad negocial Villa Rosas alega que “Esta omisión se debe a la influencia de la doctrina de la glosa, la cual no sólo fue defendida, sino profundizada por diversos juristas, que desempeñaron un importante papel en el humanismo y en el proceso codificador francés (...). La interpretación de estos autores se basó en la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa. Esta posición fue defendida también por la doctrina francesa predominante en el siglo XIX (...)”.

⁹⁴ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., p. 100.

⁹⁵ VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum...*”, cit., pp. 77ss. Ejemplos de sistemas jurídicos germánicos o influidos por este sistema son: el Código Civil Austriaco de 1811 que

necessaria de forma expresa⁹⁶. Esto se debe a la figura de la doctrina jurídica del Pandectismo que tuvo especial trascendencia en Alemania desde el S.XI, cuando se descubrió en Bolonia el Corpus Iuris Civilis, hasta el 1900, cuando se publicó del Código Civil Alemán, BGD. En virtud de esta doctrina el Derecho Romano recopilado en el Corpus Iuris Civilis continuaba en vigor en Alemania y, como consecuencia, se siguió utilizando la *datio in solutum necessaria* hasta la publicación en 1900 del BGD.

El Código Civil español de 1889 vigente está claramente influido por el Código de Napoleón. Por este motivo, al igual que en el Código Civil francés, no se regula de forma expresa la *datio in solutum*, ni se reconoce en ningún momento la obligación por parte del acreedor de aceptar un *aliud pro alio* (*datio in solutum necessaria*). De este modo, nuestro ordenamiento civil sigue las directrices marcadas por el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* y únicamente reconoce la existencia de la *datio in solutum voluntaria* como excepción a este principio basada en la autonomía de voluntad y el principio de libertad negocial de las partes. Sin embargo, a pesar de no existir una regulación expresa de la *datio in solutum voluntaria*, esta institución parece que se acoge tácitamente en algunos preceptos tales como la disposición 1089 de García Goyena de 1851 y los artículos 1166, 1521, 1636 y 1849 del Código Civil⁹⁷.

2.3. CONCRETO CASO DE LA HIPOTECA

Una vez analizada la evolución histórica de la *datio in solutum*, el objeto del estudio era llegar a verificar si se había utilizado en algún momento la dación en pago para extinguir una obligación pecuniaria garantizada con un derecho real de garantía como es la hipoteca.

La investigación en búsqueda de algún supuesto que reuniera estas características ha llevado a comprobar que los casos más comunes de *datio in solutum* eran aquellos cuyo objeto eran obligaciones pecuniarias. Esto es, aquellos en los que la obligación previamente convenida entre las partes consistía en la entrega de una cantidad de dinero por parte del *solvens* y que, gracias a esta institución, el deudor podía extinguir

contiene una regulación expresa para la *datio in solutum voluntaria*; el proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos (1927-1937) que también regula de forma expresa el fenómeno *aliud pro alio* de acuerdo con el proceso de codificación alemán del siglo XIX; el Código Civil Italiano de 1942; el Código Civil portugués de 1966, etc.

⁹⁶ VILLA ROSAS, G., "La recepción de la *datio in solutum*...", cit., pp. 74ss.

⁹⁷ Disposición 1089 del proyecto de García Goyena de 1851: "El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor".

el vínculo jurídico existente entre ambos a través de la entrega de un bien mueble o inmueble (*aliud pro alio*)⁹⁸ y no como realización de un derecho real de garantía.

Sin embargo, no se ha hallado ni en las fuentes romanas, ni en las medievales, ni en las obras de autores que han centrado su estudio en esta figura con posterioridad referencia alguna a la *datio in solutum* para el concreto caso de la hipoteca. Por lo que se puede deducir que, aunque cabe la posibilidad de que este tipo de dación en pago se diera en algún caso en concreto, éste no se ha recogido.

Quizás esto se deba a la especial estructura, y al carácter privilegiado del derecho real de hipoteca inmobiliaria, pues, a diferencia del resto de garantías reales, es necesaria su inscripción para su constitución, su efectividad es lograda sin demora al regularse un procedimiento especial para su ejecución y, además, se otorga una garantía especial al acreedor diferente a la garantía ordinaria basada en la responsabilidad patrimonial universal, pues existe una sujeción preferente del bien al pago de la obligación garantizada. Por este motivo, puede ser que al tener la hipoteca un carácter privilegiado conformado por ley, se ha considerado a lo largo de la historia que la autonomía de la voluntad no puede modificar este privilegio legal que caracteriza el derecho real de hipoteca⁹⁹.

3. SITUACIÓN ACTUAL

3.1. MARCO LEGAL Y PRESIÓN SOCIAL (PAH)

3.1.1. Legislación

Como regla general, los ciudadanos que desean adquirir una vivienda solicitan a las entidades financieras que se les conceda un préstamo para hacer frente a la compra. El préstamo que conceden en estos casos es conocido con el nombre de préstamo hipotecario y está formado por: la obligación principal o pecuniaria, compuesta por una cierta cantidad de dinero que deberá devolverse en el momento y forma acordada por las partes; y por una obligación accesorio, que es la hipoteca¹⁰⁰, constituida como

⁹⁸ A modo de ejemplo, D. 16, 1, 5: “Es lo mismo que pague en dinero o que dé en pago cualquier otra cosa suya”; D. 46, 3, 46, 2: se refiere al caso en el que “uno hubiera dado en pago un fundo”.

⁹⁹ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El notario del Siglo XXI*, Marzo-Abril 2014/nº54. Consultada en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/99-hemeroteca/revistas/revista-40/631-una-hipoteca-para-tiempos-de-crisis-0-741469478925196>.

¹⁰⁰ Enciclopedia Jurídica. Consultada en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/hipoteca/hipoteca.html>. Roca Sastre define la hipoteca como “un derecho real de realización de valor, en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e invisible, de constitución registral, que recae

garantía de la obligación principal y que recae sobre el bien inmueble que permanece bajo la posesión del propietario¹⁰¹.

Según el principio *pacta sunt servanda*¹⁰² recogido en el artículo 1091¹⁰³ del Código Civil, las obligaciones que derivan de contratos libremente celebrados adquieren fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos¹⁰⁴. Lo habitual en las escrituras públicas de garantía hipotecaria es que se estipule que, en el caso de que el deudor hipotecario deje de pagar cualquiera de las cuotas pactadas, se considerará que el deudor ha incumplido la obligación¹⁰⁵. Por ese motivo, a partir del momento en el que el deudor deja de pagar al acreedor una de las cuotas derivadas del préstamo hipotecario incumple el contrato convenido entre ambos. Como resultado, el acreedor puede exigirle no sólo el pago de la cuota o cuotas que no ha ingresado sino la totalidad de la deuda en la que se incluye el capital prestado, los intereses pactados y los intereses de demora¹⁰⁶. Ante el incumplimiento del deudor, el legislador ofrece al acreedor varias opciones, lo más habitual es que el deudor opte por la satisfacción de su crédito a través de la ejecución de la hipoteca por medio de la vía judicial.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) se prevé un procedimiento de ejecución judicial de naturaleza especial para los casos de impago de deudas garantizadas con hipoteca conocido con el nombre de procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁰⁷. El procedimiento de ejecución hipotecaria aparece regulado en los artículos comprendidos entre el 681 y el 698 LEC¹⁰⁸. Cuando se cumplan los requisitos del

directamente sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables que permanecen en la posesión del propietario”

¹⁰¹ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución...”, cit., p. 3.

¹⁰² Locución latina que significa: lo pactado obliga.

¹⁰³ Art.1091 Cc.: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ FABRE, R., “Dación en pago: ¿por qué y cómo?”, 2011, pp. 403-414, en p. 404.

¹⁰⁵ Conocido con el nombre de “vencimiento anticipado”.

¹⁰⁶ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución...”, cit., p. 6. De acuerdo con el artículo 575 LEC la ejecución dineraria se despachará por la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva en concepto de principal, intereses vencidos e intereses moratorios.

¹⁰⁷ ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias- El control judicial del equilibrio contractual-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1-116, en p. 24.”(...) norma que a su vez hunde sus raíces en las Leyes de 2 de diciembre de 1872 y en la Ley Hipotecaria para las provincias de ultramar de 14 de julio de 1893 (...)”.

¹⁰⁸ No obstante, para lo no regulado en estos preceptos se aplicarán de forma subsidiaria las disposiciones generales referidas a la ejecución dineraria (681.1 LEC)

artículo 682 LEC¹⁰⁹ el acreedor hipotecario podrá iniciar, a través de la interposición de la demanda ejecutiva, el proceso judicial.

Una vez recibida la demanda ejecutiva se dictará auto autorizando y despachando la ejecución. A continuación se procederá al requerimiento de pago, en este momento, el deudor tiene la posibilidad de abonar la cantidad adeudada y poner fin a la vía judicial. Sin embargo, si el deudor no responde al requerimiento se continuará con el desarrollo de la ejecución y se procederá a la subasta del bien hipotecado.

En virtud del artículo 691.4 LEC la subasta se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los preceptos referidos a la subasta de bienes inmuebles (art. 655 a 675 LEC). Una vez abierta la subasta comenzará la admisión de pujas y, sin límite de tiempo, se irán sucediendo las pujas, hasta que, por estimar que no hay quien mejore la última de ellas, el Secretario Judicial dará por terminado el acto¹¹⁰.

Es en este momento cuando la valoración que las partes hicieron del inmueble en la escritura pública adquiere especial relevancia pues es esta valoración la que constituirá el tipo, es decir, la que fijará el precio mínimo por el que puede ser adjudicado el inmueble subastado. Es importante señalar que el deudor podría liberar sus bienes y detener la subasta si pagara íntegramente lo que debido en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor (art. 670.7 LEC), pero no con posterioridad. Conforme al artículo 675 de la LEC, si una vez realizada la ejecución hipotecaria el inmueble subastado y adjudicado estuviera ocupado y el Tribunal hubiese resuelto que los ocupantes no tenían derecho a permanecer en el inmueble, el Secretario judicial acordará su lanzamiento que deberá ser notificado a los ocupantes y serán citados a una vista para que aleguen o prueben lo que consideren oportuno¹¹¹.

La adjudicación en pago al acreedor es considerada como una medio de realización forzosa que se aplica de forma subsidiaria en el caso en el que no existan postores o cuando el Secretario judicial considere que la subasta no alcanza las condiciones establecidas por la LEC¹¹².

¹⁰⁹ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., "La dación en pago: ¿una solución...", cit., p. 4. De este modo, sólo se podrá incoar el procedimiento especial cuando la ejecución vaya dirigida a bienes hipotecados en garantía de la deuda y cuando en la escritura de constitución de la hipoteca conste el precio de tasación por el cual los interesados valoran el bien, ya que este será el que sirva de tipo en la subasta.

¹¹⁰ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., "La dación en pago: ¿una solución...", cit., pp. 4ss.

¹¹¹ Se deberá actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 661 LEC.

¹¹² NUÑEZ DE CASTRO, M.S., "La dación en pago: ¿una solución...", cit., p. 4.

Si el valor de lo obtenido en el proceso de ejecución no fuera suficiente para cubrir lo debido el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución para cubrir la cantidad que falte (art. 579.1 LEC)¹¹³. Por tanto, una vez finalizado el procedimiento de ejecución hipotecaria se iniciará uno nuevo conocido como procedimiento de ejecución dineraria. De este modo, una vez agotada la garantía real y no satisfecho el crédito el acreedor hipotecario podrá acudir a la garantía personal puesto que en virtud del artículo 105 LH “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”¹¹⁴. La nueva ejecución¹¹⁵ se regirá por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil recogidos bajo la rúbrica “De la ejecución dineraria” (art. 431 al 503 LEC). De acuerdo con estos preceptos, si el ejecutado no abona voluntariamente la cantidad debida en un tiempo determinado se procederá al embargo ejecutivo de sus bienes (art. 584 al 633 LEC).

Otra de las opciones que tiene el acreedor en caso de que el deudor deje de abonar alguna de las cuotas será la consistente en ejecutar la hipoteca por vía extrajudicial¹¹⁶. En esta ocasión, la ejecución del inmueble hipotecado no se llevará a cabo por un órgano judicial sino por el notario del lugar donde radique el bien que sirve de garantía. Ahora bien, para que el acreedor pueda acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial se deben cumplir una serie de requisitos: en primer lugar, esta posibilidad deberá venir contemplada en la escritura pública del préstamo; en segundo lugar, en la escritura pública también tendrá que venir reflejado el valor de tasación del inmueble; y, por último, deberá constar el domicilio del deudor para que se puedan realizar las notificaciones correspondientes. Una vez cumplidas estas exigencias será el notario competente el que se deberá encargar de realizar el requerimiento de pago. En el caso de que no se encuentre respuesta por parte del deudor se procederá a la subasta. En este tipo de procedimiento podrán celebrarse hasta tres subastas: la primera subasta saldrá por el 100% del valor de tasación del bien inmueble¹¹⁷; si la primera no tiene éxito se procederá a la práctica de una segunda subasta que saldrá

¹¹³ Art. 579.1 LEC: “Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”. Supuesto especial para el caso de la vivienda habitual hipotecada contemplado en el art. 579.2 LEC.

¹¹⁴ Acción de responsabilidad patrimonial universal, art. 1911 Cc.: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

¹¹⁵ Que se lleva a cabo en virtud del título ejecutivo constituido por la escritura pública tal y como se reconoce en el art. 517 LEC.

¹¹⁶ Regulado por el art. 129 LH y arts. 234 a 236 RH.

¹¹⁷ Tasación que las partes habían acordado en la escritura pública.

por el 75% del valor del bien; y, por último, si esta tampoco obtiene el resultado esperado se realizará una tercera subasta en la cual no existe mínimo fijado. En el caso que la cantidad obtenida por medio de la subasta no cubriera el total de la deuda, la entidad financiera en virtud de los artículos 1911 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria podrá reclamar la cantidad que falte en futuros procedimiento¹¹⁸.

Como se ha visto con anterioridad, nuestro Código Civil fue promulgado en 1889 bajo la influencia del *Code Napoleon*. Por tanto, al igual que el resto de ordenamientos civiles que tomaron como referencia el Código francés no se regula de forma expresa la figura de la dación en pago. Sin embargo, a pesar de eso, existen referencias implícitas a la institución en artículos tales como el 1166, el 1521, el 1636 y el 1849 del Código Civil¹¹⁹. Por este motivo es evidente deducir que, aunque no se prevea una regulación concreta, su existencia se da por supuesta en nuestro ordenamiento civil como excepción al principio *pacta sunt servanda* basada en la autonomía de la voluntad y en la libertad negocial. Por este motivo, es importante apuntar que, siguiendo la línea del pensamiento francés y, tal y como viene dispuesto en el artículo 1166 del Código Civil nuestro ordenamiento, no reconoce en ningún momento la existencia de la dación en pago legal¹²⁰, sino que lo que se reconoce es la dación en pago voluntaria fundada en la voluntad de las partes¹²¹.

La dación en pago en el concreto caso de la hipoteca consistiría en la extinción de la obligación pecuniaria principal a través de la entrega por parte del deudor del bien inmueble hipotecado. Así, el deudor únicamente respondería a la deuda con la garantía real de la hipoteca y no con el resto de sus bienes. El artículo 105 LH dispone que la hipoteca "(...) no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil". De este artículo cabe deducir que no será posible la dación en pago en este ámbito puesto que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros.

¹¹⁸ Proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria. *Atmira research consulting group*. Consultada en abril de 2014. Disponible en:

http://www.atmira.com/documents/10180/10581/Ejecucion_hipotecaria.pdf/6496393d-dca2-4030-831c-2140fedef0ed.

¹¹⁹ 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". Art. 1521 Cc.: "El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago". Art. 1636 Cc.: "Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica". 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".

¹²⁰ Basada en la imposición al acreedor de la aceptación del *aliud pro alio*.

¹²¹ Basada en la necesidad de la voluntad del acreedor para que la dación en pago tenga lugar.

Sin embargo, el artículo 140 LH es del tenor literal que sigue: “No obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”. Por tanto, nuestra legislación permite la utilización de la dación en pago como modo de extinción de la obligación por parte del deudor hipotecario siempre y cuando se pacte en la escritura de constitución de la hipoteca de forma voluntaria. Por tanto, se puede afirmar que nuestra legislación permite hoy en día la dación en pago con carácter voluntario en el ámbito hipotecario. De esta manera la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento de la obligación principal se verá reducida al bien hipotecado y no se extenderá a todo su patrimonio.

De este modo, ante el incumplimiento por parte del deudor del pago de las cuotas hipotecarias la legislación permite optar por: el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria o la dación en pago voluntaria.

3.1.2. Presión social (PAH) y modificaciones legislativas

Antes de adentrarnos en un análisis más profundo sobre las modificaciones legislativas que se han llevado al respecto, es relevante hacer un breve repaso de cuál es la situación económica y social actual y a qué es debida. Todo empezó hace aproximadamente diez años cuando nuestro país atravesaba por un período de bonanza económica como consecuencia del conocido como “boom inmobiliario” o “burbuja inmobiliaria”. Así, la construcción era el motor de nuestro país¹²² y gracias a ella se reactivó la economía, aumentó el empleo y el sueldo de los trabajadores se vio incrementado. A pesar de existir una gran oferta en el sector inmobiliario, el precio de los inmuebles empezó a subir llegando a alcanzar cifras desorbitadas. En este momento de bonanza económica, las entidades financieras ofrecieron facilidades para acceder a los préstamos hipotecarios¹²³ y los ciudadanos, aun conociendo el elevado

¹²² MIRALLES MARCELO J.L. Y DAZA IZQUIERDO J., “Sistemas hipotecarios...”, cit., p. 258. “El crecimiento de España durante los años anteriores a la crisis (...) ha estado basado en un 65% sobre el sector de la construcción y la promoción inmobiliaria”.

¹²³ GONZÁLEZ FABRE, R., “Dación en pago: ¿por qué...”, cit., pp. 405ss. El Banco Hipotecario y las Cajas de Ahorro eran los que tradicionalmente concedían los préstamos hipotecarios. Las bases sobre las cuales lo concedían eran tales como: el capital prestado no podía ser superior al 80% del precio de compra del inmueble; el plazo en el cual se debía satisfacer el préstamo oscilaba entre cinco y diez años; el deudor únicamente podía destinar el 30% de sus ingresos a amortizar el préstamo, etc. Esto cambió cuando se incorporó la banca a este sector del crédito

precio de las viviendas, confiaron en su favorable situación económica y les solicitaron la concesión de préstamos garantizados con una hipoteca.

Mientras la situación económica seguía en auge, los ciudadanos a los que se les había concedido el crédito pagaban las cuotas mensuales convenidas con los bancos y entidades financieras. Sin embargo, llegó un momento en el que nuestro crecimiento ya no podía seguir basándose en la construcción. Como resultado, el desempleo aumentó, disminuyó el sueldo de los trabajadores y también su poder adquisitivo y la economía empezó a decaer quedando sumergida en una crisis económica, social y financiera que se ha prolongado hasta la actualidad. Así, gran parte de la población que en el período de bonanza económica accedió a los préstamos hipotecarios en la actualidad tiene graves dificultades económicas en sus hogares y son incapaces de pagar las elevadas cuotas mensuales que acordaron con las entidades financieras.

Como se ha visto con anterioridad, ante el impago por parte de los deudores hipotecarios, los acreedores tienen varias posibilidades, sin embargo, como regla general las entidades acreedoras suelen optar por la ejecución de la hipoteca a través de la vía judicial. Así, en el momento que los deudores hipotecarios dejan de pagar, las entidades financieras pueden presentar demanda ejecutiva en el Juzgado competente. A continuación, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos se despachará la ejecución y se procederá al requerimiento del pago de la cantidad total adeudada. Si el deudor no responde a este requerimiento, se realizará la subasta del bien hipotecado. Dada la situación económica actual, la mayoría de las subastas suelen quedar desiertas de modo que las entidades financieras acaban adjudicándose el inmueble por el 70% del valor por el que había sido tasado en la escritura pública en el caso de que fuera la vivienda habitual del deudor o por el 50% en el caso que no lo fuera¹²⁴. Al ser la mayoría de las hipotecas concedidas en plena “burbuja inmobiliaria” apenas han empezado a amortizar capital¹²⁵ y con el 50 o 70% del valor de tasación del bien no se cubre la totalidad de la deuda y la cantidad que queda por cubrir suele ser cuantiosa. En virtud de artículos tales como el 1911 Cc., el 105 LH y el 579 LEC lo que no se cubra con el precio obtenido en la subasta deberá ser cubierto con el resto de bienes presentes y futuros del deudor y para ello se iniciará un nuevo proceso de

y para conseguir una cuota de mercado se dedicó a “mejorar” las condiciones tradicionales de préstamos hipotecarios, de esta manera: “concede préstamos sobre el total del precio de adquisición de la vivienda, en base a una tasación pericial que ellos mismos controlan y que no es de extrañar que exceda el valor de mercado de la finca; el plazo se alarga desmesuradamente hasta los treinta y cuarenta años (...); se debilita extraordinariamente el criterio de proporcionalidad ente ingresos y cuota de amortización del préstamo(...)”.

¹²⁴ O por el 60% si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior.

¹²⁵ Únicamente han amortizado intereses.

ejecución dineraria, en el que si no se responde al requerimiento, se procederá al embargo de los bienes del ejecutado/deudor. Además, si subastado el bien sigue ocupado se procederá al desalojo del mismo en virtud artículo 675 LEC.

Dada la situación de grave crisis económica y social por la que está atravesando nuestro país en este momento, el impago de los préstamos hipotecarios es cada vez más común y, por ende, las ejecuciones hipotecarias¹²⁶. Como resultado, existe un gran número de población que se encuentra en una situación alarmante pues la mayoría no obtienen ingresos mensuales o los que obtienen son mínimos, además, pierden su vivienda como resultado de la ejecución y deben seguir pagando el resto de deuda. Con el objetivo de defender los intereses los ciudadanos afectados por esta situación surgió la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH). Desde esta plataforma social se afirma que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria causa grave perjuicios para los deudores hipotecarios y se reclaman reformas legales. Además, consideran que la alternativa al procedimiento judicial es aún más injusta con los deudores puesto que a través del procedimiento extrajudicial la persona afectada no tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita y el acreedor en la tercera subasta, al no existir un mínimo legal establecido, puede adjudicarse el bien por cantidades muy bajas, teniendo el deudor que hacer frente a la cantidad restante. Y, por último, consideran que aunque siempre ha existido la posibilidad de la dación en pago voluntaria (art. 140 LH) no ha tenido aplicación práctica puesto que los bancos nunca han informado al cliente acerca de esta opción en el momento de la concesión del préstamo y los deudores no han tenido la posibilidad de aceptarlo¹²⁷. Por tanto, desde esta organización se considera que la mejor solución a este problema es que se apruebe la dación en pago legal con efectos retroactivos¹²⁸.

La PAH ha llevado a cabo diferentes actos para lograr que sean respetadas sus reivindicaciones. Así, ejerciendo presión social a través de manifestaciones, escraches, entrevistas en medios de investigación, detención multitudinaria de desahucios, denuncia pública, campañas de desprestigio a entidades financieras, etc.

¹²⁶ Proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria. *Atmira research consulting group*. Consultada en abril de 2014. Disponible en: http://www.atmira.com/documents/10180/10581/Ejecucion_hipotecaria.pdf/6496393d-dca2-4030-831c-2140fedef0ed. Así, las ejecuciones hipotecarias han aumentado un 27,4% en 2010 y un 101,6% en 2009 respecto a los años anteriores.

¹²⁷ GONZÁLEZ FABRE, R., "Dación en pago: ¿por qué...", cit., p. 405. "(...) jamás ha tenido aplicación práctica, ya que ningún acreedor ha renunciado voluntariamente a disminuir las garantías para cobrar su crédito (...)"

¹²⁸ Asesoría colectiva. *Plataforma de Afectados por la Hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH)*. Diciembre de 2012. Consultada en abril de 2014. Disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/09/asesoria-colectiva/>.

ha logrado que sus peticiones sean escuchadas y que se lleven a cabo algunas medidas al respecto.

De este modo, el Gobierno dictó en marzo de 2012 el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*¹²⁹ con la finalidad de ofrecer mecanismos para flexibilizar los procedimientos de ejecución hipotecaria y adoptar medidas para favorecer la reestructuración de la deuda hipotecaria de aquellos con mayores dificultades económicas para atender los pagos. Este Decreto-ley es aplicable a aquellos deudores contratantes de créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria que se encuentren en el umbral de exclusión¹³⁰. El artículo 3 del citado texto legal¹³¹ se encuentran en el umbral de exclusión aquellos deudores que estén en la siguiente situación: que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples¹³²; que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad; y que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. A continuación, en el artículo 5 se afirma que se fijará un Código de Buenas Prácticas al que podrán adherirse voluntariamente todas las entidades de crédito que así lo deseen¹³³ y que la aplicación del Código se extenderá únicamente a aquellas hipotecas constituidas en garantía de préstamos cuyo precio de adquisición no esté por encima de unos determinados

¹²⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., pp. 10ss. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. Por resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del mismo (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2012). Entró en vigor el 10 de marzo de 2012, según la disposición final cuarta.

¹³⁰ Ámbito de aplicación, art. 2 tras la modificación en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social : “Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general. Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario”.

¹³¹ Modificado por el artículo 8.2 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

¹³² Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Consultado en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.iprem.com.es/>. “(...) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones (...) para sustituir al SMI como referencia (...)”.

¹³³ Regulado en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2012.

valores¹³⁴. En el Anexo del Real Decreto-ley se incluye el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual en el cual se contemplan tres fases: la primera ellas está dirigida a la reestructuración de la deuda hipotecaria a través de la adopción de medidas como la reducción del tipo de interés en cuatro años; si esto no es suficiente, se ofrecerá a los deudores una quita sobre el conjunto de la deuda; y, como última opción si las anteriores medidas no dieran efecto, se acepta la dación en pago como modo liberatorio de la deuda y además se permite que durante dos años los deudores puedan estar en la vivienda pagando una renta razonable. Por tanto, se puede concluir que el Real Decreto-ley analizado satisface alguna de las peticiones solicitadas. Así, contempla la posibilidad de aceptar la dación en pago como última opción para aquellos que según el artículo 3 *Real Decreto-ley 6/2012* se encuentren en el umbral de exclusión y únicamente aplicable para aquellas entidades de crédito que voluntariamente deseen adherirse al Código de Buenas Prácticas¹³⁵.

En el Real Decreto-ley 6/2012 también se atendieron otras peticiones. A modo de ejemplo, en 2011 la PAH denunció las injusticias antes nombradas con respecto al proceso extrajudicial. Para ello, movilizó a las personas afectadas, convocó concentraciones ante notarías catalanas que llevaban a cabo las subastas y, por último, consiguió entrevistarse con el Decano del Colegio de Notarios de Cataluña. Como resultado de esta reunión el Decano aconsejó a todos los notarios que aplicaran en las subastas las mismas pautas seguidas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y solicitó al Ministro de Justicia, un cambio legislativo con respecto al procedimiento de ejecución extrajudicial¹³⁶. Así, oyendo su petición, en el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores*

¹³⁴ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., p. 13. “(...) van en función de las cifras de población que establece la norma, atendiendo la revisión del padrón municipal”.

¹³⁵ NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución...”, cit., pp. 11ss; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., pp. 10ss.

¹³⁶ Asesoría colectiva. *Plataforma de Afectados por la Hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH)*. Diciembre de 2012. Consultada en abril de 2014. Disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/09/asesoria-colectiva/>. “El presidente del Consejo, Manuel López Paradiñas, consideraba imprescindible que los notarios ofrecieran a los ciudadanos las mismas garantías que tendrían ante un juez”.

*hipotecarios sin recursos*¹³⁷ se modificó la regulación del procedimiento extrajudicial y, en caso de la vivienda habitual, se equiparó a la ejecución en vía judicial¹³⁸.

A continuación, en noviembre del mismo año se dictó el *Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*, donde se establece que deberán ser suspendidos de forma inmediata los desahucios que afecten a personas que se encuentren en una situación de riesgo de exclusión por un plazo de dos años siempre y cuando se trate de la vivienda habitual del deudor¹³⁹. Al año siguiente se aprobó la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. En esta ley se introducen medidas para mejorar los derechos e intereses del deudor hipotecario, para ello, se modifica en algunos aspectos la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, etc¹⁴⁰.

Como se ha visto, como consecuencia de la presión social se han llevado a cabo modificaciones en nuestro sistema legislativo con el objetivo de satisfacer las peticiones de la población y proteger al deudor hipotecario. Sin embargo, las organizaciones sociales que han encabezado estas reivindicaciones no están satisfechas y consideran que el reconocimiento de la dación en pago en el Real Decreto-ley 6/2012 no es suficiente pues, tal y como está regulado, es muy difícil acceder a este recurso ya que se ofrece de forma subsidiaria como tercera opción y va

¹³⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., p. 10. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. Por resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del mismo (BOE núm. 87, 11 de abril de 2012).

¹³⁸ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., p. 15; Asesoría colectiva. *Plataforma de Afectados por la Hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH)*. Diciembre de 2012. Consultada en abril de 2014. Disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/09/asesoria-colectiva/>.

¹³⁹ MIRALLES MARCELO J.L. Y DAZA IZQUIERDO J., “Sistemas hipotecarios...”, cit., pp. 301ss. “Los hogares de especial vulnerabilidad se caracterizan por ser: familias numerosas o monoparentales con dos hijos a su cargo o aquellas en las que haya un niño menor de tres años; aquellos que estén en desempleo y hayan agotado las prestaciones de desempleo; aquella unidad familiar en la que exista unos de sus miembros con discapacidad superior al 33% (...). Y se encuentren en la siguiente situación económica: el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples; en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda; la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar; que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma”.

¹⁴⁰ Ley Antidesahucios. *El Derecho, Grupo Francés Lefebvre*. Mayo de 2013. Consultada en abril de 2014. Disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Ley-Antidesahucios_0_542250012.html.

dirigida a supuestos muy concretos. Por tanto, organizaciones como la PAH siguen insistiendo en el reconocimiento de la dación en pago legal con efectos retroactivos¹⁴¹.

3.2. JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las decisiones judiciales han sido dispares a la hora de resolver cuestiones relativas a las ejecuciones hipotecarias y a la dación en pago. Cabe destacar el auto número 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra en el cual, tras finalizar la ejecución hipotecaria y ser adjudicado el bien inmueble a la entidad financiera acreedora, el ejecutante solicita la ejecución por la cantidad no cubierta con la subasta. Ante esta petición la Audiencia responde que “el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valora en una cantidad que era superior al principal del préstamo (...)”. Con esta reflexión el Tribunal considera que no procede proseguir con la ejecución puesto que la adjudicación material de la finca al banco ejecutante, cubre el total de la deuda reclamada. Este auto abre un nuevo horizonte y otras resoluciones siguen la doctrina creada por el auto de Navarra. A modo de ejemplo, el auto número 119/2011, de 16 de septiembre de la Audiencia de Gerona¹⁴² y el auto de 10 de enero de 2012, del Juzgado de Instrucción número 3, de Torrejón de Ardoz, admiten la dación en pago como medio liberatorio de la totalidad de la deuda hipotecaria. En estas decisiones judiciales se habla de prácticas abusivas por parte de las entidades financieras que pueden llevar al enriquecimiento injusto. En esta línea también destaca el auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010 en el cual se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 695, 698 y 579 LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución y el derecho a la vivienda digna del artículo 47 del mismo cuerpo legal que, finalmente, fue rechazada por el Tribunal Constitucional¹⁴³. Sin embargo, pese a la existencia de estas resoluciones judiciales, es mayoritaria la doctrina jurisprudencial que aboga por la prosecución de la ejecución

¹⁴¹ Asesoría colectiva. *Plataforma de Afectados por la Hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH)*. Diciembre de 2012. Consultada en abril de 2014. Disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/09/asesoria-colectiva/>.

¹⁴² Auto número 119/2011, de 16 de septiembre de la Audiencia de Gerona: “Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenir las, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera”.

¹⁴³ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La dación en pago de la vivienda...”, cit., pp. 4ss; NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución...”, cit., pp. 6ss.

dineraria para la continuación de la reclamación del crédito hipotecario. Cabe destacar en esta línea el auto de 4 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Navarra.

No obstante, a pesar de ser mayoritaria la última línea jurisprudencial citada es evidente que hay controversia en los tribunales en este aspecto. Esta controversia tiene como resultado la inseguridad jurídica, pues los ciudadanos que se ven subsumidos en un proceso de ejecución hipotecaria no saben con certeza cuál será la línea que seguirá el tribunal.

3.3. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO

Ante la petición social de la inclusión de la dación en pago legal con efectos retroactivos en nuestro ordenamiento jurídico, es relevante analizar cuáles serían sus posibles efectos.

Por un lado, por lo que se refiere al ámbito legal, la instauración en nuestro ordenamiento jurídico de la dación en pago obligatoria, al imponerse al acreedor, vulneraría, entre otros, el principio de libertad contractual en virtud del cual las partes contratantes son libres para regular sus intereses, concertar negocios jurídicos y ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares. Además, a pesar de que puede afirmarse que la *datio in solutum necessaria* existió en época romana, no se encuentra documentado ningún caso en el que se reconozca la dación en pago obligatoria vinculada al derecho real de hipoteca. Asimismo, esta figura fue rechazada por el Código de Napoleón y, por ende, por nuestro ordenamiento civil por el hecho de no respetar la autonomía de voluntad y el principio de libertad negocial de las partes, por lo que con su instauración se vulnerarían las bases y los principios sobre los cuales se ha construido nuestra legislación civil actual.

Por otro lado, según varios autores, si se aceptara la dación en pago legal con efectos retroactivos en nuestra legislación, el riesgo en la concesión de préstamos hipotecarios se trasladaría del deudor al acreedor. Parece evidente que, ante el riesgo que asumirían las entidades financieras acreedoras, intentarían “obtener” tasaciones más restrictivas para justificar la concesión de un número más reducido de préstamos o seguirían concediendo préstamos pero a un tipo de interés más elevado¹⁴⁴. De este modo, se estrecharía el mercado hipotecario y el número de impagos aumentaría,

¹⁴⁴ CASTEDO BARTOLOMÉ, P., “Análisis económico de la dación en pago”, *Docta Ignorancia Digital*, 2012, pp. 3-19, en p. 15. Tal y como ocurre en Estados Unidos donde es admitida la dación en pago legal. “Actualmente, el tipo de interés oficial estadounidense (...) es virtualmente del 0% pero allí la mayoría de las hipotecas se conceden a un tipo de interés fijo situado en torno del 5% (...). A esto hay que añadirle (...) un 7% de gastos fijos entre documentación, otros seguros y comisiones (...).”

pues los deudores no tendrían incentivos para seguir pagando y en algunas ocasiones podría resultar financieramente rentable liquidar el crédito con la entrega del inmueble. Por tanto, el crédito quedaría lejos de las manos de la clase media y baja y la dación supondría un perjuicio para aquellos deudores que pagan su cuota puntualmente y para las entidades financieras que incluirían más inmuebles en el balance que deteriorarían aún más la calidad de sus activos¹⁴⁵. De este modo, aunque la dación en pago se presenta como la solución a los graves problemas económicos por los que están pasando muchos deudores hipotecarios, parece ser que esta medida podría perjudicar tanto a las entidades financieras como a los ciudadanos en general.

CONCLUSIONES

- I. La dación en pago, tal y como se ha entendido en nuestro país hasta la actualidad, es un modo de extinción de las obligaciones en virtud del cual el deudor ofrece al acreedor la realización de una prestación distinta a la previamente pactada. De este modo, si el acreedor acepta, una vez perfeccionada la prestación por parte del deudor, se extinguirá la relación obligatoria entre ambos. A pesar de que la figura de la dación en pago voluntaria sea considerada como un modo de extinción de las obligaciones, no aparece regulada en el artículo 1156 del Código Civil como tal. Por este motivo y con el objetivo de evitar confusiones, se estima que debería regularse de forma más concreta.
- II. La dación en pago constituye una excepción al principio romano *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, según el cual las deudas solamente se verán satisfechas cuando el deudor lleve a cabo la prestación previamente acordada, y se encuentra reflejado en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1157, 1166, 1167, 1169 y 1170.1 del Código Civil. Por tanto, la excepción a este principio únicamente podrá responder al principio de libertad contractual basado en la voluntad de las partes.
- III. La dación en pago no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico civil, no obstante, se hace alusión a la dación en pago voluntaria en artículos tales como 1166, 1521, 1636 y 1849 del Código Civil.

¹⁴⁵ CASTEDO BARTOLOMÉ, P., “Análisis económico...”, cit., pp.13ss.; NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución...”, cit., p. 14.

Por un lado, esta falta de regulación lleva a que, en busca de su naturaleza jurídica, se equipare con otras instituciones tales como la compraventa, la novación, el pago, etc. Como se ha visto con anterioridad, parece ser que no coincide plenamente con ninguna de las figuras nombradas y que lo más acertado sea considerar la dación en pago como una figura autónoma independiente del resto. Por otro lado, la falta de regulación tiene como consecuencia la inseguridad jurídica y quizás la solución contra esta inseguridad sea la regulación de la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico civil de forma autónoma e independiente al resto de instituciones como se ha hecho, por ejemplo, en el Derecho Civil de Navarra o en los ordenamientos civiles de Italia y Portugal, en los que donde existe una regulación específica de la dación en pago.

- IV. Por lo que se refiere a sus antecedentes históricos, la dación en pago voluntaria, basada en la voluntad del acreedor, surgió en época romana, concretamente en la República. Más tarde, a principios del siglo VI, en el Derecho Justiniano surgió la *datio in solutum necessaria*, en virtud de la cual el acreedor se veía obligado a aceptar la dación en pago cuando concurrieran determinadas circunstancias. En la Edad Media los glosadores y comentaristas estudiaron la *datio in solutum necessaria* y, como consecuencia, esta figura de origen romano fue acogida en gran parte de los ordenamientos jurídicos medievales y renacentistas europeos. Sin embargo, la figura de la *datio in solutum necessaria* no se recogió en el Código de Napoleón pues se consideraba que atentaba contra algunos de los principios que lideraron la Revolución Francesa y la Ilustración como era el principio de libertad negocial. A pesar de no verse reflejada la institución de la dación en pago legal en la mayoría de ordenamientos civiles que siguieron las bases marcadas por el Código de Napoleón, en muchos de ellos se reconoce, aunque sea tácitamente, la existencia de la institución de la dación en pago voluntaria basada en la libertad contractual como es el caso del Código Civil español. Esto se debe a que nuestro Código Civil, en lugar de tener como referencia directa las fuentes romanas procedentes de la época de Justiniano en las que se reconocía la *datio in solutum necessaria*, se basó en la interpretación que de ellas se hizo por el Código de Napoleón. Por tanto, al no tener una referencia directa del Derecho Romano y al basarse el Código de Napoleón en el principio de la voluntad de las partes, nuestro ordenamiento jurídico nunca ha contemplado la figura de la dación en pago obligatoria para el acreedor a

diferencia de lo que han hecho otros ordenamientos jurídicos como el alemán que tuvieron influencia directa del Derecho Romano en época medieval.

- V. No parece posible encontrar en las fuentes romanas, en las medievales y en las obras de autores que han investigado la dación en pago, referencia alguna a la figura de la dación en pago en relación con el concreto caso de la hipoteca. Por lo que se puede deducir que la utilización de esta figura en este ámbito no ha sido común a lo largo de la historia. Quizás esto se deba a que el derecho real de hipoteca inmobiliaria constituye una garantía especial diferente al resto, pues presenta una estructura especial, tiene un carácter privilegiado ya que, a diferencia del resto de garantías reales, su inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva, existe un procedimiento especial para su ejecución y, además, se otorga una garantía especial al acreedor diferente a la garantía ordinaria basada en la responsabilidad patrimonial universal. Por este motivo, puede ser que se haya considerado a lo largo de la historia que la autonomía de la voluntad no puede modificar este privilegio legal que caracteriza el derecho real de hipoteca. Por tanto, a pesar de haber existido la figura de la dación en pago tanto voluntaria como legal a lo largo de la historia, parece ser que no existe ningún antecedente histórico que haga referencia a la dación en pago legal en el concreto caso de la hipoteca inmobiliaria tal y como se reclama en la actualidad.
- VI. De acuerdo con el procedimiento de ejecución hipotecaria, si la cantidad obtenida en la subasta del inmueble no es suficiente para cubrir la totalidad de la deuda, en virtud del artículo 579 LEC, 1911 Cc y 105 LH, se iniciará un procedimiento de ejecución dineraria a través del cual se procederá a la liquidación de la cantidad adeudada restante. A pesar de esto, el artículo 140 LH reconoce la posibilidad de la dación en pago voluntaria en el ámbito hipotecario, de manera que, si las partes acuerdan que con la entrega del bien se salda la deuda, no será necesario ningún otro procedimiento de ejecución posterior. De este modo, si no hay acuerdo entre ambos, conforme a la legislación actual no se podrá exigir la dación en pago obligatoria y se deberá proceder a la ejecución dineraria hasta que se salde por completo la deuda. Por tanto, la voluntad del acreedor es imprescindible para que se dé la dación en pago ya que, de acuerdo con nuestra legislación actual, sin ella no cabe esta figura.

- VII. En el caso de que se reconociera la dación en pago legal con efectos retroactivos, tal y como se reclama, se vulneraría el principio *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 1091 del Código Civil en virtud del cual las obligaciones que derivan de contratos libremente celebrados adquieren fuerza de ley entre las partes. Además se actuaría en contra de otros principios tales como el principio de libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad que han caracterizado nuestro ordenamiento civil desde sus inicios y han constituido las bases del Derecho Civil actual. Además, no encontramos en el Derecho Romano referencias a la utilización de esta institución en los casos relativos a la ejecución hipotecaria.
- VIII. Se han llevado a cabo modificaciones legislativas significativas al respecto en los últimos años. Sin embargo, éstas no permiten afirmar que se haya introducido la dación en pago legal en nuestro ordenamiento jurídico tal y como se pide por la PAH.
- IX. En cuanto a la jurisprudencia, hay controversia en los tribunales españoles pues, mientras algunos optan por la interpretación textual de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y la Ley Hipotecaria, otros optan por una interpretación más favorecedora con los deudores hipotecarios como, por ejemplo, el auto número 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra. La falta de un criterio jurisprudencial uniforme tiene como consecuencia la inseguridad jurídica, pues los ciudadanos que se ven afectados por un proceso de ejecución hipotecaria no saben con certeza cuál será la línea que seguirá el tribunal que conozca de su caso.
- X. Por lo que se refiere a los posibles efectos en caso de que la dación en pago legal se instaurara en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de que se aceptara la dación en pago legal, el riesgo en la concesión de préstamos hipotecarios pasaría del deudor al acreedor, ya que el acreedor sería quien tendría que correr el riesgo de perder su crédito ante el posible impago por parte del deudor. Por tanto, las entidades crediticias concederían menos préstamos hipotecarios o el tipo de interés aumentaría de forma considerable, teniendo esto como consecuencia que el crédito quedara lejos de las personas con menos capacidad económica.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO GONZÁLEZ, D.P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias- El control judicial del equilibrio contractual-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., *El notario del Siglo XXI*, Marzo-Abril 2014/nº54. Consultada en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/99-hemeroteca/revistas/revista-40/631-una-hipoteca-para-tiempos-de-crisis-0-741469478925196>;

BELINCHÓN ROMO, M.R., *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012.

BELINCHÓN ROMO, M. R., “La dación en pago: análisis jurisprudencial de la figura”, *Revista del CES Felipe II*, 2008.

BELINCHÓN ROMO, M.R., “Nociones generales sobre la dación en pago”, *Revista del CES Felipe II*, 2007.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *RJUAM* núm. 21.

CASTEDO BARTOLOMÉ, P., “Análisis económico de la dación en pago”, *Docta Ignorancia Digital*, 2012.

GONZÁLEZ FABRE, R., “Dación en pago: ¿por qué y cómo?”, *Razón y Fe*, 2011.

MIRALLES MARCELO J.L. Y DAZA IZQUIERDO J., “Sistemas hipotecarios y dación en pago”, *Boletín de la Real Academia de Extremadura de las Letras y las Artes*, 2013.

NUÑEZ DE CASTRO, M.S., “La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?”, *Revista CESCO Derecho de Consumo* núm. 4, 2012.

RAMOS PAZOS, R., *De las obligaciones*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile

SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago su incidencia en los convenios concursales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

TORRENT RUÍZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2005.

VILLA ROSAS, G., “La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas”, 2011.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

Asesoría colectiva. *Plataforma de Afectados por la Hipoteca de la burbuja inmobiliaria al derecho a la vivienda (PAH)*. Diciembre de 2012. Consultada en abril de 2014. Disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/09/asesoria-colectiva/>.

Enciclopedia Jurídica. Consultada en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/hipoteca/hipoteca.html>.

Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Consultado en marzo de 2014. Disponible en: <http://www.iprem.com.es/>.

Ley Anti-desahucios. *El Derecho*, Grupo Francés Lefebvre. Mayo de 2013. Consultada en abril de 2014. Disponible en: http://www.elderecho.com/actualidad/Ley-Antidesahucios_0_542250012.html.

Proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria. *Atmira research consulting group*. Consultada en abril de 2014. Disponible en: http://www.atmira.com/documents/10180/10581/Ejecucion_hipotecaria.pdf/6496393d-dca2-4030-831c-2140fedef0ed.

ANEXO 1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

STS del 14 de noviembre de 1881
STS del 9 de enero de 1915
STS del 9 de diciembre de 1943
STS del 8 de noviembre de 1966
STS del 1 de marzo de 1969
STS del 13 de febrero de 1989
STS del 15 de diciembre de 1989
STS del 29 de abril de 1991
STS del 19 de octubre de 1992
STS del 27 de febrero de 1993
STS del 8 febrero de 1996
STS del 28 de junio de 1997
STS del 25 de mayo de 1999
STS del 30 de noviembre de 2000
STS del 4 de mayo 2006

Audiencias Provinciales

Auto del 17 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra
Auto del 16 de septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Gerona
Auto del 4 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Navarra

Juzgados de Instrucción

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

Juzgados de Primera Instancia

Auto del 30 de Septiembre de 2010 del Juzgado Primera Instancia número 2 de Sabadell

PAYMENT IN LIEU

As a result of the economic and social crisis, the average number of unemployed people and the rate of poverty have increased over the past 5 years in Spain. Consequently, many people cannot afford their mortgage payments.

Once mortgage holders fail to make a payment on time are technically in default and, as a general rule, creditor institutions recourse to the legal route, concretely to foreclosure procedures, to satisfy their claims. During the foreclosure process, the mortgaged house is tried to be sold at auction to completely cover the debt. However, due to the current economic situation, there are not any bidders at the majority of auctions, and mortgaged houses are awarded to creditor institutions at a lower price than the value established when the credit was granted. As a consequence, the money obtained is not enough to cover the debt totally, according to articles such as 105 of the Spanish Mortgage Act, 1911 of the Spanish Civil Code and 579 of the Spanish Criminal Procedure Code, after the mortgaged house is foreclosed a new pecuniary foreclosure process must be started to economically satisfy the rest of the debt.

As a result of the alarming increase in the number of people who are affected by this situation and the protection of the right to inhabit decent housing in the article 47 of the Spanish Constitution, several social movements like PAH (Platform of People Affected by Mortgage) demand legislative changes to protect mortgage holders. Concretely, the main request accounts for the inclusion of the institution of the legal payment in lieu in the Spanish legislation with retroactive effects. According to their opinion, if that institution would be included in our legal system, the current mortgage holder's problems would finish, since once mortgaged holders delivered the houses, the debt would be completely satisfied and a new foreclosure procedure would not be necessary. This legal issue is not regulated on our legal system; nevertheless, the existence of the figure of the payment in lieu based on the agreement of the creditor is intuited from several articles of the Spanish Civil Code such as 1166, 1521, 1636 and 1849.

As a consequence of the current economic situation and the social pressure exercised by the PAH, the government has adopted legislative changes. Despite of the legislative reforms that have recognised benefits for mortgage holders, they demand an increase in changes as well as the full inclusion of the legal payment in lieu.

In short, the payment in lieu, or *datio in solutum*, is an issue of current interest whose proposal in the mortgage area has revolutionised the present legal field. Due to the interest aroused by this item and the possible conflict with current legislation, this project focuses on this legal figure with the purpose to confirm if this phenomenon can be introduced in our legal system and its possible effects. To achieve that aim, this essay is based on a historical study, that is to say it focused on the study of Roman Law, of the figure of the payment in lieu in general and as a method of extinguishing house mortgage backed obligations.

This work is divided into three main parts: the first part analyses the figure of *datio in solutum* as broad legal issue; the second part deal with the historical development of the institution; and, the last part, is focussed on the legal current situation.

The first part is subdivided into five subsections entitled as: concept, *datio in solutum* as an exception, main requirements, legal nature and payment in lieu related with house mortgage.

Regarding the first subsection, the *datio in solutum* is considered a method of extinguishing obligations in which the debtor acts differently than in the previous agreement between the two parties (*aliud pro alio*). Thus, the mandatory relationship between both is extinguished. The consent of the secured creditor is necessary for the realization of the payment in lieu. Once the different payment is made (*aliud*), this payment has the same consequences as the fulfilment of the previous agreed obligation.

The second subsection deals with the issue of payment in lieu as an exception. The general rule, since Roman law, states that debts can only be covered if debtors satisfy the payment in the conditions that both parties have previously agreed. In this way, Roman jurists such as Gayo- S. II – were in favour of using the principle *aliud pro alio invite creditori solvi non potest*. However, the figure of payment in lieu has been recognised longstanding as an exception to the general rule which is based on the agreement between debtor and creditor (*solvens* and *accipiens*). Therefore, the *accipiens* accepts a different action performed by the *solvens* to satisfy the payment, and this fact becomes crucial.

Regarding to the main requirements of the figure of *datio in solutum*, some aspects seems to be necessary, those are: the pre-existence of a mandatory relationship between debtor and creditor; the agreement between parties; the *animus*

solvendi, since the only intention from *solvens* and *accipiens* must be the extinction of the mandatory relationship that binds them; and, finally, the execution of the *aliud*, the execution of the new action.

Concerning the legal nature of the payment in lieu and, as a result of the lack of regulation in the Spanish legal system, several theories, in the doctrine and case law doctrine, have emerged to determine which the legal nature of the *datio in solutum* is.

In this way, this has been considered as a: contract of sale, because, according to this theory, when the payment in lieu occurs, the debtor sells to the creditor the object that give him to satisfy the obligation, and the price that the creditor has to pay to the debtor because of the contract of sale, is compensated by the debtor's obligation with the creditor; novation, since, according to the defenders of this theory, the payment in lieu has as a consequence the creation of a new mandatory relationship; method of payment, because the existing obligation is extinguished with the execution of the *aliud*; legal transaction with complex characteristics, since the supporters of this theory argue that the payment in lieu can be linked to the contract of sale and it is also similar to the novation and the payment. To sum up, the lack of regulation and these divergent theories developed have as a result a legal uncertainty.

Taking the previous aspects into consideration, the suitable solution to fight against the legal uncertainty seems to be an express regulation of the figure of *datio in solutum* in the Spanish Civil Code. And it should be autonomously and independently from the rest of the legal figures as it has been effectuated in other legal systems such as the Italian or the Portuguese.

Regarding to the specific case of the *datio in solutum* linked to house mortgages, mortgage is defined by Roca Sastre as a right in rem of value generation that has the function of the fulfilment of the pecuniary obligation. The mortgages are established to ensure the fulfilment of the primary obligation; therefore, this fact has an accessory character. Another characteristic is that it is considered indivisible and its inscription is constitutive; it is indivisible; the mortgage inscription is constitutive; they must be alien and inalienable real states; as a general rule, the possessor displacement cannot be possible.

Considering the former points, the payment in lieu would consist on the debtor's deliberation of the mortgaged immovable property whose consequence would be the extinction of the main pecuniary obligation being guaranteed by the mortgage. Thus, the debtor, instead of carrying out a previously accorded benefit, consisting in deliver a

concrete amount of money, he would develop a distinct benefit system applying to deliver this mortgaged immovable property that guaranteed the debt (*aliud pro alio*). With this, the obligation would disappear and the payment own effects would take place. Those effects are: the obligation's disappearance, the debtor liberation, and the satisfaction of the interest rates. In these cases, the debtor would deliver the mortgaged immovable property having as a consequence the extinction of the main pecuniary obligation guaranteed by the mortgage. Thus, the debtor as an alternative of developing a benefit formerly agreed between both that consists on the deliberation of a specific amount of money; he would make a divergent benefit. This benefit would consist on delivering the mortgaged immovable property that guarantees this debt (*aliud pro alio*). This fact would end up with the obligation and it would produce the payment effects.

The second section of this work deals with the historical antecedents of the payment in lieu. Firstly, it must be highlighted the importance of this institution in the Roman law. Although the Roman jurists used additional expressions to name the payment in lieu, there is no doubt that its origin comes from the Roman period, concretely, at the end of the Republic. Regarding several authors, the agricultural atmosphere taking place in this period as well as the lower circulation of the currency had several implications. Those implications are the lack of naturalness in the compulsory monetary relations, the increment in unfulfilling the pecuniary obligations, and the payment in lieu emergence as a solution of all the previous problems. The farmers solved their debts delivering free goods and its juridical course was materialised because of the use of the “*condictio triticaria*” in the praetor's edict. As the jurist Gaius claims and as it is stated in several fragments of the Justinian's Digest like D. 12, 1, 2, 1 and D. 13, 7, 9, 3, the voluntary payment in lieu was used to extinct the Roman law's obligations. In this manner, the *datio in solutum*, is presented as an exception of this doctrine based on the business freedom and the intention of those pars whose purposes are the dissolution of the institutional link (*solutio*), the debtor's liberation (*liberatio*), and the guarantor satisfaction (*satisfactio*).

In addition, Julius Caesar put into practice the necessary *datio in solutum*. This necessary *datio in solutum* is different from the voluntary one, since it does not depend on the guarantor's choice, that is to say, it is imposed to him.

Later, at the beginning of the empire, some contrasts emerged. These contrasts are related to the divergent ideas in describing the payment in lieu by the two most known Roman schools: the Proculian and the Sabinian schools. Despite of the

theoretical differences among them, both claimed that the guarantor became free by the *datio in solutum*, and the reclamation of the money not paid in a later trial could not be possible in this case.

Concerning Betti, a legal evolution in the phenomenon of *datio in solutum* can be observed along the Roman history. However, although some dissimilarities took place on its consideration throughout the Roman history, the guarantor's consent has been essential in all of its stages.

At the beginning of the VI century, the necessary *datio in solutum* came to light in the Justinian law. This figure has some differences in comparison to the previous one. Those differences are: the fact that the guarantor must accept the *aliud pro alio* offered by the debtor in payment (when the exigencies determined by the law are fulfilled). Thus, the *datio in solutum* is imposed to the guarantor without taking the contractual liberty principle into account. It is conceived as legal substitute to the debtor's assets execution through the regular legal course.

Despite of the fact that it was Julius Caesar who used firstly the figure of *datio in solutum*, some legal sources place its origin in the Justinian novels 4, 3 (a. 535) y 120, 6, 2 (a.544). In the Justinian age, the empire was suffering an unfavourable time caused by the economic and social situation. This situation took place due to the war against the Persians and also because of the confrontations suffered in the Occident. This previous aspects caused the current capital's contraction, the decrease of the value in the real states and the increment of the incompleteness of the pecuniary obligations. In these unstable times, the emperor decided to establish the *datio in solutum* required whose main objective was to help those debtors of the contracts that were not able to solve these debts. Nevertheless, this regulation had a general application and it evolved those insolvent debtors too.

In the Justinian first novel, the Novel 3, 4, there is an explanation of the procedure that it must be followed. As it is said, in order to achieve the payment in lieu, it is crucial to accomplish the following expectations: firstly, the guarantor had to make a legal claim of the debtor's satisfaction of the obligation; the debtor would not owe neither money nor real states; besides, the *solvens* would have to sell its real states and it would give an unsuccessful results. Once premises are accomplished, the judge would have to value the debtor's real states, and after that, the guarantor was awarded with those which have higher value to verify the payment in lieu by selling them. Hence the debtor and the guarantor interests were the fulfilled. The *accipiens* permitted the *solvens* to satisfy his debt and the *solvens* through the *datio in solutum* avoided the

cessio bonorum or the insolvency proceedings. In the 544 d.C., Justinian published the Novel 120, 6, 2. In comparison, to the former one, the regulations stipulated in this work was only applied to those Christian establishments that where intended to give benefits to the citizens ("*Piae Causae*"). According to the aforementioned legal text, the guarantors should considered satisfied their credit by the "*venerabiles domus*" handing in their own real states.

Julius Caesar as well as Justinian broke up with the traditional consideration based on the payment in lieu as a means of deletion in the obligations based on the guarantor's intentions. They introduced the concept of the *datio in solutum* in with the guarantor must accept the *aliud pro alio*. In both occasions, those regulations are considered the solution to the widespread insolvency of these citizens who cannot solve their debts as a consequence of those ages in which the social and economic penury take place.

The Middle Ages' lawyers analysed the Roman law sources that were deeply studied by those medieval glossators and commentators; their analyses were received in the European *ius commune*. By the interpretation of the Roman law sources the concept of the *datio in solutum* from the Justinian era was recreated in the Intermediate Law. As a consequence, this Roman institution is included in the European medieval and renascent legal systems. In the XVII and XVIII centuries, the vast majority of the European doctrine defended the *beneficium dationis in solutum*, nevertheless, some dissimilar views also appeared in this moment. The French jurists were against the benefit of the debtor since they claimed that it was against the business freedom, the guarantor's equality and the legal protection. Bearing this in mind, from these doctrinal antecedents, the principle of freedom of will in the business field leads the Illustration period and the French Revolution. This seems to be one of the reasons why the French encoder did not included it in the Napoleonic Code. In the XIX and XX centuries the Roman principle *aliud pro alio invito creditore solvi non protest* was re-established as a result of the historical changes in the doctrine that followed the obligations' accomplishment and the recognition of the voluntary *datio in solutum*. Therefore, the European civil codes that were based on the Napoleonic Code were against the *necessary datio in solutum*, but they included references to this concept in the *voluntary datio in solutum*.

The current 1889 Spanish Civil Code is clearly influenced by the Napoleonic Code. For this reason, as in the French Civil Code, the *datio in solutum* is not regulated explicitly, and it is not recognised that the guarantor accepts the *aliud pro alio*

(necessary *datio in solutum*). Our civil legislation follows the guidelines established by the *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* principle and it only recognises the existence of the voluntary *datio in solutum* as exception of this principle based on the party autonomy as well as the principle of freedom contract of the business parties. Nonetheless, this institution seems to include some of the precepts such as the García Coyena disposition of 1889, and the articles 1166, 1521, 1636 and 1849 of the Civil Code.

Once the historical evolution of the *datio in solutum* has been explored, the third part in this work tries to verify if the payment in lieu have been used at some point to delete the guaranteed pecuniary obligation with a legal right such as the mortgage. However, it cannot be proved neither in any one of the Roman sources, nor in the Medieval, nor in the works of other authors that have focused in this topic. Thereby, it can be claimed that, although there can be a minute possibility in the accomplishment of this payment in lieu in a concrete case, this has not been reflected. Perhaps, it can be due to the special structure as well as to the privileged view of the real right of the mortgage loans. In comparison to the other security rights, its constitution requires their inscription, its effectiveness can be reached when a special procedure is regulated to execute it, and the guarantor has a special guarantee divergent to the ordinary one, based on the universal asset liability. For this reason, when having a privileged mortgage in regards to the law, it has been confirmed throughout the history that the party autonomy cannot modify this legal privilege which features the mortgage real right.

Concerning the current situation, citizens who want to have a house apply to the concession of a loan to the financial entities in order to afford the purchase. This type of loan is known as a mortgage loan and it is constituted by: the principal obligation or pecuniary, composed by a certain amount of money that should be returned depending on the parties' agreement; and by the accessory obligation, that is the mortgage established as a guarantee of the main obligation and it affects the immovable property that the owner has.

Regarding the *pacta sunt servanda* principle placed in the 1091 article of the Civil Code, the obligations that come from the contracts freely celebrated gain power in the law between the contracting parities and they have to be accomplished as they require. Dealing with the public scriptures of the mortgage guarantee, the mortgage debtor cannot discontinue paying the agreed rates; otherwise it would be considered that the debtor has not reached his obligations. If the debtor stops paying the

guarantor, an incompleteness of one of the rates from the mortgage loan occurs. Thus, the guarantor cannot only pay the rate, but also pay the whole debt, including the agreed interests as well as the delay. If the debtor does not accomplish it, the legislator offers several options; they usually decide to satisfy the credit through the execution of the mortgage by the judicial way. The Spanish Code of Civil Procedure (LEC) provides a judicial procedure for enforcement of the special naturally related to the mortgage execution. In most of the cases the quantity obtained is not enough to cover the amount of money owed. In these cases the performer can apply for the execution in order to cover the missing quantity (art. 579.1 LEC). Regarding some articles such as the 1911 Cc, the 105 LH and the 579 LEC, once the mortgage execution procedure has finished, a new one will be started known as the monetary procedure execution. Whether the real guarantee finishes and the loan is not paid, the mortgage guarantor could appeal to the personal guarantee.

The payment in lieu in the specific case of the mortgage would consist on removing the pecuniary obligation by the debtor's deliberation of the mortgaged property. In this manner, the debt would not affect the other debtor's properties. This legislation let the use of the payment in lieu avoiding the obligation of the mortgaged debtor, as long as it is voluntarily agreed in the mortgage constitution. It can be stated that our regulations let the voluntarily payment in lieu in the mortgage field and it does not let the obligatory payment of the guarantor.

Considering the hard situation in relation to the economic and social crisis that our country is suffering in this very complicated moment, the non-payment of the mortgaged loans is enormously common as well as the mortgaged executions. As a consequence, a huge number of populations are experiencing an alarming situation since they do not obtain a monthly income and if they do they are extremely low. Moreover, when they miss their house, they have still to pay the rest of the debt. In order to defend the interests of the affected citizens, the Platform of People Affected by Mortgage (PAH) emerged and it is considered that the best solution to solve this problem is the legal payment in lieu approval awarded retrospectively.

Due to the PAH some of the petitions have been taken into consideration and actions in relation to this have been adopted. There have been legislative changes such as: the Royal Decree-Law 6/2012, the 9th of March, of the urgent measures to protect the mortgage debtors without resources; the Royal Decree-Law 27/2012, the 15th of November, measures to reinforce the mortgage debtors' protection; the Law1/2013, the 14th of May, measures to reinforce the mortgage debtors' protection, restructure the

debt and the social renting. However, the social organisations leading these vindications are not satisfied and they claim that the payment in lieu recognition in the Royal Decree-Law 6/2012 is not enough because of the difficult access to this resource since it is offered in a subsidiary way as a third option and it is directed just for specific cases. Organisations such as the PAH are still insisting in the approval of the payment in lieu recognition awarded retrospectively. Concerning the jurisprudence, the legal decisions have been dissimilar when the mortgaged executions and the payment in lieu had to be solved. This fact created a legal insecurity since the citizens do not have a clear vision about the way that the court will follow.

Dealing with the social petition of the legal payment in lieu's inclusion awarded retrospectively in our legal system, it is important to highlight which would be the possible effects.

On the one hand, in relation to the legal field, the establishment of the obligatory payment in lieu would violate the contractual liberty principle and the contracting parties would be free to regulate their interests, settling on legal businesses and developing the subjective rights they hold. Moreover, although the confirmation of the existence of the necessary *datio in solutum* in the Roman era, there is not any document that confirms the obligated payment in lieu linked to the real mortgage law. This concept was rejected by the Napoleonic Code due to the fact of not respecting the party autonomy in the principle of contractual freedom between the two parties. Its adoption would infringe the bases and the principles by which our civil regulation has been constructed.

On the other hand, concerning several authors, if the legal payment in lieu with retroactive effects would be accepted in our regulations, the risks in conceding the mortgage loans would affect either the debtor or the guarantor. It appears to be evident the fact that in the risks that the lending financial institutions would assume, they would try to 'obtain' a more restrictive valuations to justify the concession of a reduced number of loans, otherwise they would continue conceding loans with a higher interest rate.

To end up, although the payment in lieu is presented as a solution of the hard economic problems a wide number of mortgage debtors are suffering, this implementation could damage the financial institutions as well as the citizens. Moreover, if the payment in lieu would be recognised with retrospective effects, there would be an alteration of the principle *pacta sunt servanda* collected in the 1091 article of the Civil Code. It claims that the obligations derived from the contracts freely signed,

acquire legal enforcement between the parties. Besides it would be incremented against other principles such as the contractual freedom and the party autonomy principle which have characterised our system of civil legislation from its origins. They have also established the current Civil Law bases. Nonetheless, in the Roman law, there are no references of the use of this institution in the cases related to the foreclosure.