

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Julio

LA DACIÓN EN PAGO DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA EL ACTUAL
THE PAYMENT IN KIND SINCE ROMAN LAW TO THE PRESENT

Realizado por la alumna **Areli Rodríguez Herrera**
Tutorizado por la profesora **Dña. M^a Etelvina de Las Casas León**
Departamento: DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS.
ÁREA DE DERECHO ROMANO

RESUMEN

Como consecuencia de la situación económica que vive nuestro país, agravada por los efectos derivados de las ejecuciones hipotecarias, nos llama la atención la institución de la dación en pago que tiene su origen en el siglo I, bajo Julio César y que trataremos de analizar en este trabajo. Comenzamos el recorrido desde su origen; es decir, empezaremos a estudiar cómo surge la institución de la *datio in solutum* en el Derecho Romano (para la cual debemos detenernos y hacer una breve referencia al concepto y origen de *hypotheca*) hasta llegar a la actualidad, donde abordaremos el tema de la ejecución hipotecaria en nuestro Derecho. Posteriormente realizaremos un pequeño estudio comparativo del tema en diferentes ordenamientos jurídicos europeos.

ABSTRAC

As a result of the economic situation in our country, compounded by the effects of foreclosures, it attracts our attention to the institution of the payment in kind that was originated in the first century, on Julius Caesar's era and we will try to analyze at this project. The study of payment in kind is intended to address the analysis of payment in kind. We are going to start the journey from its origins; that is, we will begin studying how the institution of *datio in solutum* in Roman law arises, so we should stop and make a brief reference to the concept and origin of *hypotheca*; up to now, where we focus on foreclosure in our law. Later, we will compare the institution analyzed in Comparative Law, where we are going to stop to see how the various European doctrines conceive the figure in study.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.....	Pág. 5
II.- BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DEL DERECHO HIPOTECARIO ROMANO.....	Pág. 5-7
III.-LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ROMANO.....	Pág. 7-14
IV.- SITUACIÓN ACTUAL DE LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	Pág. 14-21
V.-MENCIÓN AL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	Pág. 21-24
VI.- BREVE ANÁLISIS DE LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO COMPARADO.....	Pág. 24-27
VII.-CONCLUSIONES.....	Pág. 27-31
VIII.- BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 32-33
IX.- FUENTES.....	Pág. 33-34

I.- INTRODUCCIÓN:

La hipoteca y la dación en pago tuvieron su origen, al igual que muchas otras instituciones en el derecho romano. El presente trabajo tiene por objeto describir cómo surge la institución de la hipoteca en el derecho romano, para luego analizar la figura de la “*dación en pago*” en el mismo y ver cómo la misma se ha ido transformando como consecuencia del cambio de intereses que experimenta la sociedad contemporánea.

En el derecho romano, la “*dación en pago*” surge como consecuencia de la situación económico-social que atravesaba el Imperio y con la finalidad de proteger a los deudores que carecían de efectivo, pero que podrían hacer frente al cumplimiento de la obligación a través de la entrega de bienes inmuebles.

Más tarde en el Derecho Civil francés y por ende en nuestro derecho civil, sólo se recoge la posibilidad de la “*dación en pago*” previo consentimiento del acreedor y los problemas en la actualidad derivan de ahí: ante la situación de crisis que hemos atravesado y que aún estamos atravesando cabe plantearse las siguientes cuestiones: ¿es necesario el consentimiento del banco para extinguir la hipoteca? ¿podría el gobierno de España adoptar la postura del emperador Justiniano frente a la dación en pago y ante una situación de necesidad?.

A lo largo de este trabajo encontraremos información del nacimiento y evolución de ambas instituciones, información que nos servirá para poder crear una opinión jurídica acerca del objeto del presente trabajo.

II.- BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DEL DERECHO HIPOTECARIO ROMANO:

Por lo que respecta al término *hypotheca* cabe destacar que tiene su origen en el derecho griego y KASER¹, afirma que no se sabe cómo y cuándo pasó esta institución al Derecho romano. Él entiende que esta figura aparece en los escritos de los grandes clásicos y también en los escritos *ad formulam hypothecariam* de

¹KASER, MAX. Das Römische Privatrecht, Das Altromische, das Vorklassische und Klassische Recht, Erster Abschnitt, München, C.H., Beck Verlagsbuchhandlung, 1955, pág. 389.

Gayo y Marciano, aunque de forma profusa. No hay constancia de que la misma aparezca en el derecho romano vulgar y además, en la época clásica, también se trató de evitar el uso de esta institución.

Siguiendo a FERNÁNDEZ DE BUJÁN “*la hipoteca es un acuerdo o convenio entre las partes de una relación obligatoria, conforme al cual, el deudor hipotecante garantiza el cumplimiento de su obligación con una cosa propia o de un tercero, con su consentimiento, sin que se produzca traspaso de la posesión y con el compromiso de entregarla al acreedor en el supuesto de que no se cumpla la obligación garantizada*”².

La hipoteca surge, pues en el derecho romano, en el supuesto de los arrendamientos rústicos, donde el arrendador y el arrendatario acordaban que los animales e instrumentos de labranza utilizados por el arrendatario para trabajar las tierras eran la garantía del pago de la renta. De forma que el acreedor-arrendador se le concedió el “*Interdicto Salviano*” para retener los instrumentos mencionados anteriormente hasta que el arrendatario efectuara el pago de la renta. Más tarde se le concedería la “*Acción real Serviana*” que podía ejercitar frente a todos y no sólo frente al arrendatario. Es decir, tenía eficacia *erga omnes*. Según SCHULZ³ este interdicto se crea a finales de la República para favorecer al arrendador y en detrimento del arrendatario y más tarde el pretor Servius, otorgó al arrendador una *actio in rem* que es la conocida como *actio Serviana*.

Posteriormente, en la época clásica, esta acción real comenzó a utilizarse para toda clase de bienes de cualquier persona, tanto para bienes muebles como bienes inmuebles e incluso se aplicó a algunos casos de prenda.

Es de esta manera como surge un verdadero derecho real de hipoteca cuyo objeto debía estar dentro del comercio, pudiendo recaer sobre cosas futuras, sobre un conjunto de cosas o incluso sobre la totalidad del patrimonio del deudor; y extinguiéndose dicho derecho real por pérdida o destrucción de la cosa, renuncia

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO. Derecho Privado Romano, Iustel, Madrid, 3ª ed. 2010, pág. 516.

³ GONZÁLEZ, Mª DEL REFUGIO. “Génesis de la prenda y la hipoteca en el Derecho Romano”, en Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, México, pág. 156.

expresa o tácita del acreedor, por confusión, por prescripción así como el pago, la novación o la “*dación en pago*”, a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe.

III.-LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ROMANO:

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la “*dación en pago*”, debemos decir que los juristas clásicos entendieron esta institución como una mera forma de extinción de las obligaciones, en la que siempre había que tener en cuenta el consentimiento del acreedor frente a la propuesta que había hecho el deudor y sólo se aprecia un intento de sistematización de la figura ya en la época de Justiniano.

MELLILLO⁴, entiende que la “*dación en pago*” surge como una forma de extinguir las obligaciones en el ámbito agrario, donde los campesinos se veían compelidos a hacer frente a las deudas que habían contraído a través de la entregas de trigo, institución que gozaba de importancia entre las clases pobres de Roma y no entre la clase que, a su vez, integraba la jurisprudencia de la época.

Según Blanch Nogués,⁵ existen casos documentados de la “*dación en pago*” desde la época de la República que nos lleva a pensar que esta institución, como modo de extinguir la obligación, fue bastante utilizada en los usos y costumbres del momento.

En el derecho romano la obligación surgió como un vínculo entre el acreedor, que tiene legitimación para exigir el cumplimiento de la misma y el deudor que ostenta el deber de cumplirla. En caso de incumplimiento por parte de este último, el acreedor puede beneficiarse del deudor, a modo de mano de obra, hasta que se produjera la extinción de la deuda.

Esta institución sobre la que trabajamos, consistía inicialmente en una forma de pago que debía ser aceptada expresamente por el acreedor; pues la deuda

⁴ MELILLO, G. In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto, Napoli, 1970, págs. 136 y ss.

⁵ BLANCH NOGUÉS, JOSE MARÍA. “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, en Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 21, 2010, pág. 34

quedaría extinguida con la entrega de la propiedad de una cosa distinta a la pactada y que constituía el objeto de la obligación, integrando la dación en pago un instrumento de garantía para el acreedor.

No podemos pasar por alto que la “*dación en pago*” va a ser discutida por las escuelas de los “*Sabinianos*” y “*Proculeyanos*”. Los primeros, esto es los Sabinianos, entienden que la “*dación en pago*” extingüía la obligación de forma inmediata, de forma que esta institución que estudiamos era entendida como una forma de pago; mientras que los segundos entendían que la “*dación en pago*” no extingüía de forma automática la obligación, pues los mismos eran seguidores del “*principio de la exactitud material*” conforme al cual la prestación debe ser satisfecha con el contenido de la obligación; pues en caso contrario ésta subsistiría. Para SACCOCCIO, esta controversia surgida entre las dos escuelas de la época se podría salvar “*por la existencia de una praxis nueva que había de ser sistematizada por la jurisprudencia clásica*”⁶. Así, podemos decir que el *ius civile* requería el cumplimiento exacto del objeto de la obligación por parte del deudor para que, de esta forma, se produjera la extinción de la misma; *los sabinianos* aportaron una solución más avanzada desde el punto de vista económico y social, teniendo en cuenta la voluntad del acreedor en el sentido de que quede satisfecho con la cosa entregada por el deudor y que es distinta a la pactada; y, finalmente, *los proculeyanos* parten de la idea de que los términos de la obligación no pueden ser alterados, de forma que la misma debe cumplirse en los términos en que dicha obligación se ha constituido. Como sabemos, prevaleció la posición de la escuela de *los sabinianos*, pues se adecuaba más con los cambios sociales que surgieron en el Principado. Fue ésta la postura que recogerá más tarde Justiniano y que se observa en I. J. 3,29:

*“Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debe tan alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sientie debitore sive ignorante vel invito solutio fiat”*⁷

⁶ BLANCH NOUGUÉS, JOSE MARÍA. “Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago en el derecho romano”, en Revista general del Derecho, 2009, pág. 4.

⁷ I. J. 3,29.

Es en la época del Emperador Justiniano, cuando surge la “*dación en pago necesaria o legal*”, como consecuencia de la situación económico-social que atravesaba el Imperio y con la finalidad de proteger a los deudores que carecían de efectivo pero que podían hacer frente a la obligación a través de la entrega de bienes inmuebles; en cualquier caso se trataba de proteger a la parte más débil en la relación jurídica.

En el Derecho romano se distinguen dos tipos de “*dación en pago*”:

- la voluntaria, caracterizada por la exigencia del consentimiento del deudor y
- la necesaria que no precisa del consentimiento del éste atendiendo únicamente a la situación de insolvencia del deudor.

Como indica BLANCH NOUGUÉS⁸ “*la doctrina ha querido ver un antecedente histórico de la dación en pago en ciertas medidas que adoptó Julio Cesar en el año 49 a.C. para satisfacer a ciudadanos titulares de créditos que, a su vez, fueron partidarios suyos en la guerra contra Pompeya, los cuales se encontraban con dificultades para cobrar las cantidades reclamadas a sus respectivos deudores dada la situación de penuria económica en la que se hallaban muchos romanos en ese periodo de luchas civiles en las postrimerías de la República*”.

En cuanto al origen, de la dación en pago necesaria, debemos remontarnos a las Novelas del emperador Justiniano, donde la misma surge como una solución diligente ante la situación económica que vivía el Imperio en ese momento.

Si partimos de la Novela 4,3 de Justiniano⁹: vemos que la institución de la “*dación en pago necesaria*” nace como contrapartida a la “*dación en pago voluntaria*”, donde era indispensable el consentimiento del deudor, con la

⁸ BLANCH NOUGUÉS, JOSE MARÍA. “Acerca de *la datio in solutum neccesaria* en el derecho romanos, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, en Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 21, 2010,pág. 39.

finalidad de evitar la ejecución patrimonial del *debitor* que no podía hacer frente a la obligación pactada, de forma que, de esta manera, haya consonancia entre los intereses de ambas partes en la relación obligacional. Así, el emperador Justiniano defiende que la “*dación en pago*” extingue la obligación de forma inmediata, postulándose de esta forma con la tesis de la Escuela de los “Sabinianos”:

“Quod autem de certero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia, sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes amptionem: tunc in hac quidem felicissima civitate glorióssimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem Gentium praesides praeparant, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed cactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia, si aurum non recepit aut aliud rerum quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores quia, etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio ad hoc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturus erat quam propriis cederé, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem. Quamobrem quod cum iniuria et affectu acerbo perduceret creditorem et debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decidentes et infelicibus debitoribus auxiliamur et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis depurantes ad quam, si permanerent inoboedientes, tamen modis ómnibus advenirent. Si itaque creditor paratus est praeparare quendam emptorem, necessitatem habere debitorem hoc

agere, praebetem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est, ut non debitores graventur.

1.- Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat. Argentariorum quippe sponsionibus propter utilitatem contractuum in ordine moderno durantibus”¹⁰.

Una cuestión que merece que nos detengamos es la evicción de la “*res data in solutum*”: los juristas clásicos entendieron, que en caso de evicción, no se extingue la obligación sino que el acreedor podrá ejercitar las acciones derivadas de dicha obligación, como por ejemplo la *actio utilis ex empto*, de forma que, en este sentido, se aproxima la *datio in solutum* a la compraventa, pues se entiende

¹⁰ BLANCH NOUGUÉS, JOSE MARÍA. Op. cit. págs. 41 y 42: “*Mas aquello con que por lo demás se auxilia a los ciudadanos humanos, aunque acaso no sea grato para algunos acreedores, es, no obstante sancionado por nosotros por razón de clemencia. Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, más éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles, y el acreedor apremiaría reclamando de todos modos dinero, pero aquél no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero. Mas si no se presentara ningún comprador de los bienes inmuebles de aquél, divulgando también con frecuencia el acreedor, que están obligados los bienes del deudor, y atemorizando con esto a los que quieren acudir a la compra, en este caso procuren en esta felicísima ciudad los jueces de nuestra glorísima república conforme a la jurisdicción a cada cual concedida por la ley y por nosotros, y en las provincias los presidentes de las gentes, que, hecha escrupulosa estimación de los bienes del deudor, se les dé a los acreedores posesión de inmuebles con arreglo a la cuantía de la misma caución con que pueda dar el deudor. Mas hágase de este modo la entrega de los bienes, dénsese 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. Porque no será justo que el que ciertamente da dinero, pero no puede recobrar dinero, sino que se ve obligado a aceptar posesiones inmuebles, no reciba al menos los mejores bienes del deudor, y tenga de este modo el consuelo de que, si no recibe el dinero, u otras cosas que se pueden llevar consigo, le es, sin embargo, lícito tener una posesión no útil. Pero sea este verdaderamente una evidente clemencia de la ley. Mas reconozcan los acreedores que, aunque no hubiésemos escrito esta ley, la razón de la necesidad conduciría a este 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. Por tanto, decidiendo nosotros con clemencia y al mismo tiempo legalmente lo que con injuria y amargo efecto determinaría al acreedor y al deudor, auxiliamos a los infelices deudores, y no les pareceremos duros a los acreedores rigurosos, señalándoles un medio, al que, si persistieran en no ser obedientes, llegarían, sin embargo, de todos modos. Así pues, si el acreedor está dispuesto a procurar cierto comprador, tenga el deudor necesidad de hacer lo mismo, dando a arbitrio del juez tal caución, la cual en todo caso es posible dar. Pues siempre se ha de mirar por los acreedores, de suerte que no sean gravados los deudores.*

1.- y en absoluto <por supuesto> consideraremos acreedor, siguiendo las leyes antiguas, a todo el que pueda tener acción contra alguien, aunque no se haya celebrado mutuo sino que haya algún otro contrato, subsistiendo ciertamente en el actual régimen las promesas de los cambistas por razón <banqueros> de la utilidad de los contratantes”.

que el acreedor adquiere la cosa como equivalente del importe del crédito que constituiría el precio de la compraventa. Para fundamentar estas ideas es decir, que en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* se mantiene la obligación originaria, debemos acudir al D. 46,3,46 y C.J. 7,45,8:

“*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio, etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret*”¹¹.

“*Libera quidem Theodota, quam ex emptionis causa vei in solutum creditori traditam proponis, pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. 1.- Verum si mota quaestione, praemissa denuntiatione el, qui auctor hulus mulieris fuit, iudicatum processit, quianti tua interest, empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis*”¹².

Los glosadores interpretan que en caso de una *datio* que consistía en una entrega de *res pro pecunia* se produce una similitud entre la *datio* y la compraventa, de forma que el crédito se extingue con la entrega y por ello se extingue el crédito originario y en el supuesto de evicción, el acreedor está legitimado para interponer una *actio empti utilis*. Es FRANÇOIS DOUAREN¹³ quien da un paso más y entiende que en caso de que la prestación sustitutoria fuese una *res pro pecunia*, el acreedor podría elegir entre la *actio empti utilis* o una *conditio ob rem* puesto que podría reconocerse un contrato innominado en el que el acreedor se compromete a realizar la condonación del crédito frente a la entrega de la cosa por el deudor.

En este sentido, la doctrina española sigue las premisas marcadas por los glosadores con la excepción de FERNÁNDEZ DE RETES¹⁴, quien defiende que hay que distinguir entre una *datio in solutum* con *aestimatio* y una *datio in solutum* simple; en el caso de la primera, el valor de la cosa coincide con el valor

¹¹ D. 46.3.46. pr. (Marcian. 3. Reg.).

¹² C.J. 7, 45, 8 (Diocleciano - Maximiano).

¹³ BLANCH NOUGUES, JOSE MARIA. Op. cit. pág. 14.

¹⁴ BLANCH NOUGUES, JOSE MARIA. Op. cit. pág. 15.

del crédito, equiparándose a una compraventa de manera que quien vende no tiene la obligación de transferir la propiedad de la cosa, se extingue la primera obligación y en caso de evicción puede interponer una *actio empti utilis*; en el caso de la segunda, el valor de la cosa puede no coincidir con el valor del crédito, el deudor no se libera sino transmite la propiedad y en el supuesto de evicción se mantiene vigente la primera obligación.

RICCA-BARBERIS¹⁵, entiende que la *datio in solutum* es un contrato al que le aplicamos las reglas propias de la compraventa, pudiendo el acreedor elegir entre la acción del crédito originario o exigir el *id quod interest*.

Por su parte, MELILLO¹⁶, defiende que en la jurisprudencia romana se mantuvieron dos interpretaciones: la primera, donde se mantenía la obligación originaria con la posibilidad de ejercer la acción relativa a dicha obligación y la segunda, donde se permitía ejercer una *actio utilis ex empto*, vinculándose la *datio in solutum* al contrato de compraventa.

Para concluir con esta cuestión relativa a la evicción de la *res data in solutum*, debemos destacar que en caso de que tuviera lugar dicha evicción, los juristas clásicos entendieron que el acreedor podía ejercitar una demanda contra el deudor no sólo por el daño emergente sino también por el *id quod interest*, lo cual no podía acontecer si se limitaba a ejercer la acción derivada de la obligación originaria que seguiría intacta en caso de evicción; existiendo, además, la posibilidad de que el deudor contase también con la *actio utilis ex empto* como si entre las partes hubiese un contrato de compraventa en el que se ha producido la evicción de su objeto.

Ya entrada la Edad Media la figura de la “*dación en pago necesaria*” pasa a ser un beneficio para el deudor por ministerio de la ley, pero un beneficio sometido al cumplimiento de determinados requisitos previstos en la misma y donde el acreedor no puede negarse a aceptar una cosa distinta a la pactada que el deudor le vaya a entregar en caso de ser insolvente. En esta época en España se

¹⁵ BLANCH NOUGUES, JOSE MARIA. Op. cit. pág. 19.

¹⁶ BLANCH NOUGUES, JOSE MARIA. Op. cit. pág. 19.

establecieron también una serie de requisitos entre los que podemos destacar que el *debitor* careciera de dinero o que no hubiese nadie que le comprara sus bienes a un precio justo, entre otros. En Francia se mantuvo una postura diferente a la que venimos recogiendo dada la primacía que la Revolución francesa dio al “*principio de autonomía de la voluntad*” y de ahí podemos afirmar la carencia de regulación de la “*dación en pago*” en nuestro Código Civil, pues éste encuentra su antecedente en el Código civil francés, donde sólo se permite la dación en pago voluntaria previo consentimiento del acreedor.

IV.- SITUACIÓN ACTUAL DE LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO ESPAÑOL:

Como hemos venido señalando, la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones contraídas entre acreedor y deudor, donde este último realiza a título de pago una prestación distinta a la pacta inicialmente. Son, pues, tres los elementos integrantes de esta figura:

- 1) que el deudor haga una prestación a título de pago,
- 2) que dicha prestación sea distinta a la pactada inicialmente y
- 3) que exista acuerdo entre el acreedor y el deudor para la entrega de dicha prestación.

Debido a la situación económica que vive nuestro país, agravada por los efectos derivados de las ejecuciones hipotecarias, han surgido dos corrientes de pensamientos enfrentados en cuanto a la aplicación de la dación en pago como negocio de entrega voluntaria de una cosa por el deudor al acreedor, extinguiéndose la deuda u obligación con dicha entrega:

- *por un lado*, los que defienden la dación en pago como una solución de la que se puedan valer los deudores hipotecarios;

- *por otro lado*, nos que no aceptan esta institución que proviene desde el derecho romano por los efectos negativos que pudiera causar en la ya afectada economía,
- Y, *en un tercer lugar*, nos encontramos con posturas intermedias e incluso con posturas extremas que aplicarían esta institución con efectos retroactivos.

Los que defienden la dación en pago, buscan su fundamento en el ideal de equidad, en la mala situación de todas aquellas familias que pierden su hogar y no solo eso, sino que además tienen que seguir haciendo frente a una cantidad de dinero que se incrementa con el paso del tiempo, debido a los intereses de demora derivados del impago. Además, no debemos olvidar que parte de la doctrina hace hincapié en las malas prácticas donde se ha fomentado el llamado “crédito fácil” unido a otras circunstancias del mercado financiero, poniendo, las entidades de crédito, en una encrucijada al ciudadano que es a la vez consumidor, viéndose casi obligados a aceptar el sistema establecido en el que su capacidad modificativa de esas condiciones es casi nula.

Por otro lado, los detractores de la dación en pago basan sus ideas a la no aplicación de la dación en pago en la *legalidad imperante* y en el *respeto a lo pactado*. Éstos entienden, que la ley no puede ser superada por razones de justicia material, ni en razones de equidad, ni tampoco en una interpretación forzada de la realidad social. Todo esto unido a que el sector bancario necesita “*grandes dosis de confianza y estabilidad*” como señala ÁLAMO GONZÁLEZ¹⁷.

El art. 140 de la Ley Hipotecaria establece que “*No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del*

¹⁷ ÁLAMO GONZÁLEZ, DANIEL P. La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 20.

patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el art. 121". Por lo tanto, nuestra legislación solo prevé la dación en pago como una posibilidad condicionada a la existencia de un pacto previo entre la parte acreedora y la parte deudora. Es el Real Decreto Ley de 6/2012 de 9 de Marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y ahora la Ley 1/2013 de 14 de mayo, los que han venido a introducir, aunque de forma difusa, la aplicación de la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias, pero dentro un Código de buenas prácticas que es de adhesión voluntaria para las entidades bancarias, de forma que queda al arbitrio de las mismas la aplicación o no de esta institución. Además, se configura a la dación en pago como una solución subsidiaria a la quita y la reestructuración de la deuda, siendo aplicable a un sector reducido de los deudores hipotecarios.

Realmente, estas reformas, no han venido a resolver los dos problemas fundamentales que giran en torno a las ejecuciones hipotecarias:

- *en primer lugar*, la pérdida de inmuebles en la ejecución sin que ello implique la extinción de la deuda principal;
- *y en segundo lugar*, la continua reclamación por el resto de la deuda con los consiguientes intereses de demora que se vienen aplicando a los contratos bancarios.

De otro lado, la problemática en cuanto a la falta de equidad en las ejecuciones hipotecarias y el debate de la dación en pago en las mismas adquiere mayor índole como consecuencia de la disminución de ingresos de los deudores para hacer frente a las hipotecas a largo plazo.

Para analizar la dación en pago en el derecho español, debemos analizar esta figura desde la perspectiva de la doctrina y de la jurisprudencia:

a) PUNTO DE VISTA DOCTRINAL:

Existen autores que entienden que la dación en pago tiene la misma naturaleza que el contrato de compraventa: para BELINCHÓN ROMO¹⁸ aquellos que equiparan la dación en pago a la compraventa, se basan en la falta de regulación de ésta y para otorgar un régimen aplicable entre el acreedor y el deudor para aquel supuesto en el que surja un problema en torno al bien distinto al pactado, es decir, el bien que se da en pago. Además, se asemeja la institución en estudio con la compraventa, en la medida en que la dación en pago se menciona en un artículo del Código Civil conjuntamente con el contrato de compraventa.

GARCÍA AMIGO¹⁹ entiende que con la dación en pago se transmite la propiedad de la cosa que sustituye al anterior objeto de la prestación debida, de forma que se extingue la obligación y la cosa que se da en pago funciona como el precio de la cosa que se da en pago, siéndole aplicables lo que prevé el Código Civil, para el saneamiento por vicios ocultos o por evicción.

Por otro lado, BAS Y RIVAS²⁰ asegura que la dación en pago, supone la transmisión del dominio de los bienes y que lleva aparejada la compensación de la deuda o de una parte de la misma.

Por su lado, BELINCHÓN ROMO²¹, estima que la dación en pago no constituye un contrato, que genere derechos y obligaciones para las partes, aunque podamos atribuir carácter negocial al acto modificativo de la prestación originaria. Además, esta autora entiende que no es necesario atribuir la naturaleza del contrato de compraventa a la dación en pago al

¹⁸ BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012, págs. 17 y 18.

¹⁹ GARCÍA AMIGO, Manuel. Lecciones de Derecho Civil II, teoría general de las obligaciones y contratos, ed. McGRAW HILL, Madrid, 1995, Págs. 592 y 593.

²⁰ BAS Y RIVAS, Federico. La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas, RCDI, septiembre 1945, pág. 586.

²¹ BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 20

entender que las disposiciones previstas en el Código Civil para la compraventa son aplicables a cualquier acto jurídico oneroso

Hay otros autores que atribuyen a la dación en pago, la naturaleza jurídica de la novación: el fundamento de aquellos autores que defiende que la dación en pago tiene la naturaleza jurídica de la novación radica en la interpretación que éstos hacen del art. 1849 Código Civil, conforme al cual si el acreedor acepta como pago de la deuda un objeto distinto al pactado, desaparecerá desde ese momento, es decir desde el momento de la aceptación, la garantía del cumplimiento del vínculo obligacional. De un lado SASTRE PAPIOL²² afirma que en la dación en pago se produce una novación modificativa y que la posibilidad de cumplir la obligación con una prestación distinta a la pactada radica en el acuerdo del acreedor y el deudor. Para él, la cosa distinta a la pactada cumple una función solutoria de la obligación surgida del negocio novatorio, cuyo cumplimiento supondrá la extinción de la primera obligación. Este autor, entiende, además que la dación en pago es un negocio jurídico bilateral y oneroso, de origen novatorio.²³

De otro lado, PASCUAL ESTEVILL²⁴ considera que *sólo con la entrega de la cosa convenida se paga y su cumplimiento supone la efectiva realización de la obligación comprometida, de forma que la admisión de la cosa distinta a la pactada por parte del acreedor ha de entenderse como negocio jurídico novatorio.*

Finalmente, SERRANO GARCÍA²⁵ afirma que *las partes sustituyen la obligación inicial por otra nueva, lo cual produce la siguiente consecuencia: la novación de la obligación originaria y su consiguiente sustitución por otra de objeto distinto. Además, una vez que concurre el acuerdo de las dos partes en sustituir la prestación originaria por otra, ésta desaparece surgiendo otra nueva obligación que pasa a ser única.*

²² SASTRE PAPIOL, Sebastián. La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales, Librería BOSCH, Barcelona, 1990, págs. 12 y ss.

²³ SASTRE PAPIOL, Sebastián. Op. cit. págs. 134 y 135.

²⁴ PASCUAL ESTEVILL, Luis. “La dación en pago”, en RCDI, 1986, volumen 2º págs. 1124 y 1125.

²⁵ SERRANO GARCÍA, Ignacio. “Consideraciones acerca de la dación en pago” en Centenario del Código Civil, ed. Centros de estudios Ramón Areces. Valladolid, 1989, pág. 2017.

Otro sector doctrinal consideran a la dación en pago como un contrato. Este es el caso de BELTRAN DE HEREDIA²⁶ quien entiende que la dación en pago no puede equipararse a un contrato extintivo, pues la voluntad de las partes trata de sustituir el pago y la extinción, que se produce con la transmisión de la propiedad, depende de la ley. De forma, que éste entiende que la dación en pago se trata de un contrato oneroso que tiene por objeto la sustitución del pago por la transmisión, para lo cual es necesario que se transmita la propiedad de la cosa que se entregue.

Finalmente, otra corriente doctrinal entiende que la dación en pago es una simple *modalidad de pago*. LATOUR BROTONS²⁷, estima que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones; mientras que RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE²⁸ considera que la dación en pago es una modalidad de pago que produce la misma eficacia que éste.

b) PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL:

Desde la perspectiva de la jurisprudencia podemos extraer varias ideas: *por un lado*, la equiparación de la dación en pago al contrato de compraventa y sobre todo en aplicación a la figura que estudiamos de las normas previstas por el Código Civil para el supuesto de saneamiento, pues así viene recogido en la sentencia 53/2009 de 31 de Marzo dictada por la Audiencia Provincial de Ávila. *Por otro lado*, la confusión que existe entre la institución de la dación en pago o adjudicación en pago o con la novación de deudas tanto para la jurisprudencia como para la doctrina; además la jurisprudencia del Tribunal Supremo no deja clara cuál es la definición de la dación en pago pues así se desprende de la sentencia 176/2005 de 10 de Febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se deja latente “*cierta indefinición en la doctrina jurisprudencial, en cuanto a la conceptualización de la dación en pago*”

²⁶ DE HEREDIA Y CASTAÑO, José Beltrán. El cumplimiento de las obligaciones, ed. Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 373 y ss.

²⁷ LATOUR BROTONS, Juan. “Notas sobre la dación en pago”, en Revista de Derecho privado, 1953, pág. 625 y ss.

²⁸ BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 37.

En palabras de BELINCHÓN ROMO²⁹ “*nuestra Jurisprudencia no se ha parado a determinar, ante los problemas que se ha podido plantear, la naturaleza propia de la dación en pago, sino que, basándose en Sentencias de comienzos del siglo XX, ha seguido en la misma línea, se podría decir que hasta el momento actual*”.

Debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Septiembre de 2003 conforme a la cual: “*Al no producirse pago efectivo de la deuda no se puede decir que hubo dación, pues el contrato, que reviste características de preliminar, si expresa un efectivo depósito de las cosas, pero resulta que contiene la condición, que actúa como suspensiva y no se cumplió, de que la recurrente llevase a cabo por su cuenta las actividades que fuesen necesarias para la puesta en marcha de lo entregado y de este modo se supeditó el negocio en sus efectos traslativos a que esto tuviera lugar y así pudiera adquirir plena eficacia vinculante al depurarse del impedimento que autorizarla pasar de la fase de interinidad contractual a la definitiva de obligación válida. Por lo que se deja estudiado, [...] aquí no se ha producido efectiva satisfacción de la deuda ni sustitución en la prestación, con la entrega de la maquinaria, lo que autoriza al acreedor a reclamar la cantidad debida y reconocida, pues dicho precepto, que es solo imperativo para el deudor, no resulta impeditivo de que el acreedor pueda aceptar en pago lo que sea distinto a lo inicialmente convenido, pero dicha sustitución (subrogación real) ha de resultar efectiva en cuanto genera la extinción de la deuda, lo que en el caso que nos ocupa no ha ocurrido*”.

De esta sentencia podemos extraer las tres siguientes ideas:

1. La posibilidad de que exista una propuesta de dación en pago que puede ser celebrada en cualquier momento de la vida de la obligación y como consecuencia del incumplimiento de ésta.

²⁹ BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012, págs. 43 y 44.

2. La legitimación del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación inicialmente pactada y en caso de que no se satisfaga ésta.
3. La existencia de una subrogación real producida con la dación en pago, subrogación de unos bienes distintos a los inicialmente pactados y siempre que esa subrogación sea efectiva y se satisfaga al acreedor.

Otra resolución más reciente es el auto 10/12 de 1 de febrero de 2012 dictado por la Audiencia provincial de Córdoba. Esta se postula a favor de la dación en pago entendiendo que con la adjudicación del bien inmueble se produce a la entidad de crédito se produce la extinción de la deuda, argumentado que la recuperación del inmueble por parte del banco extingue el crédito en tanto que éste tiene un valor superior al total de la cantidad adeudada. Esta resolución guarda relación con otras como por ejemplo con el auto de 29 de diciembre de 2011 del juzgado de 1ª instancia nº 5 de Lleida, donde se considera abuso de derecho y enriquecimiento injusto seguir reclamando la deuda una vez que la entidad bancaria ha adquirido la propiedad del inmueble.

V.-MENCIÓN AL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

El Derecho de hipoteca es un *derecho real* que se caracteriza por ser un derecho *accesorio* del crédito cuyo cobro asegura, de manera que circula con éste y la validez o eficacia del negocio que asegura repercute en su propia validez o eficacia; se trata de un derecho *oponible erga omnes*, de forma que puede alegarse frente a cualquier persona y atribuye preferencia para el cobro. Además, en caso de incumplimiento de la obligación concede a su titular la facultad de pedir la ejecución del bien gravado que es lo que se conoce como la facultad de realización del valor previsto en el arts. 1858 y 1872 del CC. También es un refuerzo de la posición del acreedor, de forma que subsiste la responsabilidad patrimonial universal del deudor; y finalmente es un derecho indivisible, pues la garantía subsiste aunque se divida el crédito garantizado.

En nuestro derecho existen tres modos de constituir la hipoteca: la voluntaria, que se constituye mediante contrato; la legal, donde el hipotecante está obligado a constituir la hipoteca y las hipotecas legales tácitas donde no es necesario ningún acto de constitución ni de inscripción registral.

Tanto para las hipotecas voluntarias como para las legales es necesaria su constitución en escritura pública y que se inscriba en el Registro de la propiedad. Existen dos tipos de hipotecas: la *unilateral* que requiere la aceptación del acreedor que ha de ser requerido conforme a lo previsto en el art. 141 LH y 237 RH y la *hipoteca de máximo* que es aquella que no puede expresar una cantidad totalmente determinada sino tan sólo una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, en atención al art. 12 LH y 219.1 RH.

La hipoteca sólo puede constituirse respecto a derechos sobre bienes inmuebles, no obstante también cabe hipotecar derechos de crédito que gocen de oponibilidad *erga omnes* al haberse admitido su inscripción registral, como por ejemplo el derecho del arrendatario financiero respecto al ejercicio del derecho de opción de compra por el precio residual como aparece recogió la resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1998. Sólo es posible hipotecar bienes enajenables, pues la hipoteca es un derecho de realización del valor y también sólo pueden hipotecarse derechos inscribibles, pues sólo así es posible que obtengan la oponibilidad *erga omnes*. Además, cabe constituir la hipoteca en garantía de obligaciones futuras conforme a lo dispuesto en el art. 1861 CC y el art. 105 LH; así como la constitución de hipoteca sobre obligaciones sometidas a condición suspensiva atendiendo en este caso al efecto retroactivo del cumplimiento de la condición en base al art. 1120 CC.

Por lo que respecta a la subrogación en el crédito y la novación cabe decir, en cuanto a la subrogación, el pago del crédito por terceros supone que el *solvens* se subroga en el crédito hipotecario y en las garantías. Los casos de subrogación vienen determinados en el art. 1210 del CC y son los siguientes: el pago del crédito por un acreedor a otro preferente, el pago de tercero no interesado en la obligación que paga con la aprobación expresa o tácita del deudor, el pago por un

tercer que tenga interés en la obligación así como el tercer poseedor de finca hipotecada, el hipotecante no deudor o los fiadores del deudor.

Por lo que respecta a la novación, no toda modificación o variación de las condiciones de un crédito supone su extinción en virtud de lo previsto en los arts. 1203 y 1204 CC. Aunque el problema principal es determinar cuando la novación es extintiva y cuando modificativa: son consideradas novaciones no extintivas la ampliación o reducción de capital, método de amortización entre otras cosas conforme a lo previsto en el art. 4.2 de la Ley 2/1994.

Por lo que respecta a nuestro régimen de ejecución hipotecario, cabe decir que el pago del crédito es una de las causas de extinción del derecho de hipoteca para lo cual es necesario proceder a la cancelación de la inscripción registral en atención a lo dispuesto por el art. 38 de la LH. Por otro lado, el vencimiento de la obligación asegurada faculta al acreedor hipotecario para exigir su cumplimiento forzosos; de forma que si el crédito no se paga cuando deviene exigible, nace para el acreedor la posibilidad de ejercer el derecho de realización del valor a través del procedimiento de ejecución previsto en el LEC o bien la ejecución extrajudicial. Esta facultad es exclusiva del acreedor, de modo que puede no ejercer su derecho de hipoteca y emprender para el cobro el procedimiento ordinario que establece el art. 517.2.4º de la LEC o el procedimiento ejecutivo ordinario previsto en el art. 538 LEC. Además el acreedor puede optar por el procedimiento judicial sumario previsto en los arts. 681 ss. de la LEC y la venta extrajudicial notarial del art. 129 de la LH. 234 y ss. de RH.

Debemos decir que, debido a la necesidad de proteger a los consumidores, se han dictado distintas normas para proporcionar una información precontractual completa al consumidor. Las más relevantes son:

- La Orden EHA2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del clientes de servicios bancarios.
- La Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

- La Ley 2/2009, de 31 de marzo, reguladora de la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
- Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito al consumo celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.
- Debemos también destacar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las condiciones generales de la contratación.
- RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios otras leyes complementarias.

Finalmente y por lo que respecta a los deberes precontractuales de información, control de solvencia y oferta vinculante, las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes información clara y suficiente sobre los préstamos que ofrecen, mediante la denominada ficha de información técnica que cuenta con un formato predeterminado. Es necesario evaluar la solvencia del cliente con la finalidad de evitar el sobreendeudamiento y que se contraten préstamos con garantía hipotecaria por aquellos que no tienen una situación de solvencia para hacer frente al pago de las obligaciones que hayan contraído.

VI.- BREVE ANÁLISIS DE LA DACIÓN EN PAGO EN EL DERECHO COMPARADO:

Para abordar este epígrafe haremos un breve repaso a la configuración de la dación en pago en el Derecho francés, portugués, italiana, brasileña e iberoamericana.

- DERECHO FRANCÉS:

En el Derecho francés, la dación en pago se configura como una novación objetiva donde se produce el cambio de objeto en la que la segunda obligación se ejecuta tras el acuerdo entre las partes. No obstante, entienden que dentro de ella hay aspectos propios de otras instituciones jurídicas como por ejemplo el pago o la compraventa.

Así, PLANIOL Y RIPERT³⁰, entienden que con la dación en pago se produce una novación, así : *“el objeto es un elemento tan esencial en la obligación que no se le puede cambiar sin poner fin allí donde ello ocurre. Existe sin duda una obligación, después como antes, pero no puede ser la misma que anteriormente, es una nueva obligación nacida por la extinción de la primera y en su lugar [...] La dación en pago aparece como una novación que, en tanto que creadora de obligación, impone al deudor una obligación del mismo género que la del vendedor”* añadiendo que *“la idea de compraventa y la idea de novación se excluyen necesariamente”*.

Debemos decir que algunos de los autores consideran que es necesario que la nueva prestación sea realizada efectiva e inmediatamente por el deudor; mientras que hay otros que entienden que el simple acuerdo de voluntades hace desplegar los efectos propios de la dación en pago y por ende los de la novación, éste es el caso de AUDRY ET RAU³¹.

Para DURANTON³², existen semejanzas entre la dación en pago y el contrato de compraventa o con la permuta, pero tras analizar el art. 2038 de su Código Civil, acaba reconociendo que la dación en pago es, en definitiva una novación.

- DERECHO PORTUGUÉS:

³⁰ MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT. Traité pratique de Droit Civil François. Obligations. Tomo VII, Deuxième partie, París , 1931, págs. 583 y ss.

³¹ BELINCHÓN ROMO, M^a Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 52.

³² DURANTON, M. Cours de Droit François suivant le Code Civil. Tome douzième, 3^a Ed., ALEX GOBELET, Librairie, págs. 112-127.

Una corriente doctrinal portuguesa entiende que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones donde juega un papel muy importante tanto el consentimiento de las partes, como la entrega de la nueva prestación al acreedor para extinguir la obligación, esto es, el elemento consensual y el elemento real.

Otra sector doctrinal, como ALVES MOREIRA³³, entiende que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones que tiene la misma naturaleza que la compraventa o la permuta, según estemos ante una entrega al acreedor de una cosa en sustitución de dinero o ante una entrega de un bien en sustitución de otro respectivamente.

Para PESSOA JORGE³⁴ la dación en pago es *“un acto complejo de formación simultánea. [...] La dación en pago es un contrato extintivo de la obligación. Hay en ella un acuerdo modificativo de la prestación y un acto ejecutivo, más éstos dos elementos aparecen esencialmente interligados. [...] La dación en pago se configura como un contrato traslativo o de alienación que produce, en principio, la inmediata transferencia del derecho”*.

En cual caso, en el seno de la doctrina portuguesa, lo más relevante es que la intención de las partes lleva por finalidad en extinguir la obligación a través de una prestación distinta a la pactada y que se trata de facilitar la satisfacción del derecho de crédito quedando la deuda completamente extinguida con la realización de la nueva prestación.

- DERECHO ITALIANO:

La doctrina mayoritaria italiana entiende que en la dación en pago lo que se produce realmente es un contrato extintivo oneroso, aunque también hay

³³ ALVES MOREIRA, Guilherme. Instituições do Direito Civil português, volumen 2º, 2ª ed., Coimbra Editora, 1925; pág 258 y ss.

³⁴ PESSOA JORGE, Fernando. Direito das obrigações, volumen I, Associação academia da facultade de Direito, Lisboa 1975; pág 421 y ss.

autores que estiman que la naturaleza propia de la dación en pago viene dada por la existencia de una novación.

GRASSETTI, equipara la naturaleza jurídica de la dación en pago a la de los contratos liberatorios, pues afirma que “*Compleja es la cuestión relativa a la configuración jurídica del instituto. En general, se suele decir que la datio in solutum no es más que un subrogado del pago y tiene de él los caracteres fundamentales, aplicándosele en general las reglas del pago. Y en verdad se trata de un contrato liberatorio que tiene por objeto el solvere, el extinguir una precedente obligación*”³⁵.

BISCONTINI³⁶, considera que la dación en pago es un negocio jurídico modificativo de la obligación idea que posteriormente será desarrollada por ZACCARIA³⁷, que expone su particular puntos de vista, entendiendo que la dación en pago tiene una naturaleza negocial o contractual, pues para que se produzca la extinción de la obligación a través de la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada, es requisito *sine qua non* el acuerdo de las partes y por ende un contrato.

VII.-CONCLUSIONES:

Para concluir, podemos decir que:

1. Los juristas clásicos entendieron a la figura de la dación en pago como una mera forma de extinción de las obligaciones, en la que es determinante el consentimiento del acreedor, llegando a ser, desde la época de la República, bastante utilizada en los usos y costumbres del momento.

³⁵ GRASSETTI, Cesare. Novissimo Digesto italiano, tomo V. Torino, 1968. Voz “Datio in solutum”, págs. 172 y ss.

³⁶ BISCONTINI, GUIDO. Adempimento parziale e datio in solutum en Rassegna di Diritto Civile diretta da Pietro Perlingieri, número 3; ediciones scientifiche italiana, Nápoles, 1984; págs.. 613 a 634.

³⁷ ZACCARIA, Alessio. La prestazione in luogo del’adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, pág. 33.

2. Es en la época del Emperador Justiniano, cuando surge la “*dación en pago necesaria o legal*”, como consecuencia de la situación económico-social que atravesaba el Imperio y con la finalidad de proteger a los deudores que carecían de efectivo pero que podían hacer frente a la obligación a través de la entrega de bienes inmuebles; en cualquier caso se trataba de proteger a la parte más débil en la relación jurídica.

3. Con la llegada de la Edad Media la figura de la “*dación en pago necesaria*” se convierte en un beneficio para el deudor por ministerio de la ley, pero sometido al cumplimiento de determinados requisitos previstos en la misma y donde el acreedor no puede negarse a aceptar una cosa distinta a la pactada que el deudor le vaya a entregar en caso de ser insolvente. Durante esa época en España se establecieron también una serie de requisitos entre los que podemos destacar que el *debitor* careciera de dinero o que no hubiese nadie que le comprara sus bienes a un precio justo, entre otros. En Francia se mantuvo una postura diferente a la que venimos recogiendo dada la primacía que la Revolución francesa dio al “*principio de autonomía de la voluntad*” y de ahí podemos afirmar la carencia de regulación de la “*dación en pago*” en nuestro Código Civil, pues éste encuentra su antecedente en el Código civil francés, donde sólo se permite la dación en pago voluntaria previo consentimiento del acreedor.

4. Actualmente, desde el punto de vista doctrinal hay autores que equiparan la dación en pago al contrato de compraventa, otros a la novación o a un contrato, mientras que otros piensan que es una modalidad de pago. Para la jurisprudencia, la dación en pago se relaciona con el contrato de compraventa, pero no se deja claro cuál es la definición de la institución y no aclara la confusión que existe entre esta figura y otras, como la novación o adjudicación en pago.

5. Podemos decir, que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones contraídas entre acreedor y deudor, donde este último realiza a título de pago una prestación distinta a la pactada inicialmente. Son, pues, tres los elementos integrantes de esta figura:

- 1) Que el deudor haga una prestación a título de pago.
- 2) Que dicha prestación sea distinta a la pactada inicialmente.
- 2) Que exista acuerdo entre el acreedor y el deudor para la entrega de dicha prestación.

6. Desde el punto de vista doctrinal, han surgido dos corrientes enfrentadas en cuanto a la aplicación de la dación en pago como negocio de entrega voluntaria de una cosa por el deudor al acreedor, extinguiéndose la deuda u obligación con dicha entrega:

- *por un lado*, los que defienden la dación en pago como una solución de la que se puedan valer los deudores hipotecarios;
- *por otro lado*, nos que no aceptan esta institución que proviene desde el derecho romano por los efectos negativos que pudiera causar en la ya afectada economía,
- *y en un tercer lugar* nos encontramos con posturas intermedias e incluso con posturas extremas que aplicarían esta institución con efectos retroactivos.

7. Nuestra legislación solo prevé la dación en pago como una posibilidad condicionada a la existencia de un pacto previo entre la parte acreedora y la parte deudora, pero dejando la decisión de aplicar o no esta figura a las entidades bancarias, pues la misma

queda insertada dentro del Código de buenas prácticas que es de adhesión voluntarias para las mismas.

8. En el derecho comparado nos encontramos con el siguiente panorama:

- En el Derecho francés, la dación en pago se configura como una novación objetiva donde se produce el cambio de objeto en la que la segunda obligación se ejecuta tras el acuerdo entre las partes. Pero también, entienden que dentro de ella hay aspectos propios de otras instituciones jurídicas como por ejemplo el pago o la compraventa.
- En el Derecho portugués, unos entienden que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones donde es importante tanto el consentimiento de las partes, como la entrega de la nueva prestación al acreedor para extinguir la obligación, esto es, el elemento consensual y el elemento real. Otra sector doctrinal, considera que la dación en pago es una forma de extinción de las obligaciones que tiene la misma naturaleza que la compraventa o la permuta, según estemos ante una entrega al acreedor de una cosa en sustitución de dinero o ante una entrega de un bien en sustitución de otro respectivamente.
- La doctrina mayoritaria italiana entiende que en la dación en pago lo que se produce realmente es un contrato extintivo oneroso, aunque también hay autores que estiman que la naturaleza propia de la dación en pago viene dada por la existencia de una novación.

9. Desde mi punto de vista y dada la situación económica que venimos viviendo en nuestro país, donde ha aumentado el desempleo y muchas familias han perdido su hogar como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias lo que lleva aparejado la adjudicación del bien inmuebles al acreedor o a un tercero y además continua vigente la obligación contraída con el acreedor; se hace necesario que nuestro legislador regule y codifique la

institución de la dación en pago que viene demandado la sociedad; al igual que en su tiempo hiciese lo propio el emperador Justiniano, quien implantó la *datio in solutum necessaria* por razones de política social y económica.

Lo cierto es que la regulación hecha por el Gobierno en el año 2012 en cuanto a la dación en pago legal no es suficiente dado que los requisitos son muy restrictivos y exigentes. En momentos de graves crisis y con la desvalorización de los inmuebles, el acreedor, esto es: el banco, deberá aceptar la dación en pago como forma de extinción de la obligación para entender cumplido su crédito, pues el deudor no puede ser forzado a vender sus bienes por un precio muy inferior al de su valor, para conseguir liquidez y poder hacer frente a sus deudas; pues estaríamos antes una situación bastante desproporcionada para éste.

Deberíamos tomar nota de la tradición jurídica romana y del gran Catón en su libro *De la agricultura*, quien entiende que “*el ladrón fuera condenado al doble y al usurero al cuádruple*”, pues debemos decir que en la antigua Roma la ley castigó al usurero que se aprovechaba de la falta de liquidez de quien solicitaba el préstamo de forma que prestar dinero a interés era una actividad no muy honorable.

Además el Derecho romano siempre fue sensible a los intereses del deudor, pues éste es la parte más débil en la obligación. No debemos olvidar tampoco el cambio de intereses que se ha producido entre la sociedad romana y la actual, pues esos intereses no son los mismos.

En cualquier caso, es el Derecho el que evoluciona con la sociedad, y si la sociedad demanda la regulación de la dación en pago en nuestro Derecho, la misma se debería recoger en nuestro Ordenamiento Jurídico y para ello es necesario buscar un punto de equilibrio para que ninguna de las partes en la relación obligacional, a saber entre el deudor y el acreedor, salgan perjudicados; de forma que los mismos se queden en una situación que no sea desventajosa ni desigual para ninguno de ellos, y así dar solución al problema que se ha venido planteando y que aún se plantea.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA:

- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P. La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ALVES MOREIRA, Guilherme. Instituições do Direito Civil português, volumen 2º, 2ª ed., Coimbra Editora, 1925.
- BAS Y RIVAS, Federico. La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas, RCDI, septiembre de 1945.
- BELINCHÓN ROMO, Mª Raquel. La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado, ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- BISCONTINI, G. Adempimento parziale e datio in solutum en Rassegna di Diritto Civile diretta da Pietro Perlingieri, número 3; ediciones scientifiche italiana, Nápoles, 1984.
- BLANCH NOUGUÉS, José María. “Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano”, en Revista general del Derecho Romano, nº13, 2009.
- BLANCH NOUGUÉS, José María. “Acerca de *la datio in solutum necessaria* en el derecho romanos, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, en Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 21, 2010.
- DE HEREDIA Y CASTAÑO, José Beltrán. El cumplimiento de las obligaciones, ed. Derecho Privado, Madrid, 1956.
- DURANTON, M. Cours de Droit Français suivant le Code Civil. Tome douzième, 3ª Ed., ALEX GOBELET, Librairie.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Derecho Privado Romano, Iustel, Madrid, 3ª ed. 2010.
- GARCÍA AMIGO, Manuel. Lecciones de Derecho Civil II, teoría general de las obligaciones y contratos, ed. McGRAW HILL, Madrid, 1995, Págs. 592 y 593.
- GONZÁLEZ, Mª del Refugio. “Génesis de la prenda y la hipoteca en el Derecho Romano”, en Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, México.
- GRASSETTI, Cesare. Novissimo Digesto italiano, tomo V. Torino, 1968. Voz “*Datio in solutum*”.

- KASER, MAX. Das Römische Privatrecht, Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht, Erster Abschnitt, München, C.H., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1955.
- LATOUR BROTONS, Juan. Notas sobre la dación en pago, en Revista de Derecho privado, 1953.
- MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT. Traité pratique de Droit Civil Français. Obligations. Tomo VII, Deuxième partie, Paris , 1931.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis. La dación en pago, en RCDI, 1986, volumen 2º.
- PESSOA JORGE, Fernando. Direito das obrigações, volumen I, Associação academia da facultade de Direito, Lisboa 1975.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián. La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales, Librería BOSCH, Barcelona, 1990.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio. Consideraciones acerca de la dación en pago. Centenario del Código Civil, ed. Centros de estudios Ramón Areces. Valladolid, 1989.
- ZACCARIA, Alessio. La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987.

IX.- FUENTES:

- Novela 4,3 de Justiniano.
- D. 46,3,46.
- C.J. 7,45,8.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Real Decreto Ley de 6/2012 de 9 de Marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

- Ley 1/2013 de 14 de mayo.
- Código Civil español.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.