



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2013/2014
Convocatoria: Junio

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DATIO IN SOLUTUM

HISTORICAL EVOLUTION OF THE DATIO IN SOLUTUM

Realizado por el alumno **D. LUIS MARRODÁN MESA**

Tutorizado por la Profesora **Dña. M^a VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ**

Departamento: **DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS**

Área de conocimiento: **DERECHO ROMANO**

ABSTRACT

Historical evolution of the Legal entity Datio in Solutum since Roman times to nowadays .We look for its origin in Rome during the First century A.C. when it appears occasionally under Julius Caesar period although Datio in solutum was developed under Justinian period . It was no longer the creditor's will but the Law the one which stipulated that way. The conquest of this kind of payment arose with the jurists from the Medieval Times. It can be found in The Seven Parties of Alfonso X, the Wise, where there is a clear reference to this way of payment. It suffers from a great modification with the codification, regarding both aspects of it, that is The necessary and the voluntary.

Nowadays the amount of foreclosures have increased due to the socio economical conjunction bringing along with one the debate whether is reasonable that remains the legislation which forces to pay what is owed with a property different from what was previously agreed.

The tour for the evolution, the actual regulation and the possibility of applying the assignment in payment in our Spanish mortgage system.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Evolución histórica de la figura jurídica de la datio in solutum desde Roma hasta los tiempos actuales. Buscamos su origen en Roma durante el siglo I AC, cuando surge ocasionalmente bajo Julio César pero la datio in solutum se desarrolla en los tiempos de Justiniano: ya no era voluntad del acreedor sino que la ley lo establecía. La conquista de la dación en pago llega con los juristas del medievo. En las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio se encuentra una clara referencia a la dación en pago. Con la codificación, la dación en pago sufre una gran modificación en sus dos vertientes: voluntaria y forzosa.

Actualmente, el número de ejecuciones hipotecarias ha aumentado debido a la coyuntura socio-económica actual, trayendo consigo el debate de si es razonable que se admita una la legislación que obligue a pagar lo que se adeuda con un bien distinto a lo pactado.

Recorrido por la evolución, regulación actual y posibilidad de aplicación de la dación en pago en nuestro sistema hipotecario español.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CONCEPTO Y NATURALEZA

- **Concepto**
- **Elementos de la Dación en Pago**
- **Clases de Dación en Pago y requisitos**
- **Naturaleza Jurídica en Roma**
- **Naturaleza Jurídica en la actualidad**

ORIGEN Y DESARROLLO EN EL DERECHO ROMANO

- **Preliminares en época clásica**
- **Bajo César**
- **Jurisprudencia Romana Clásica: Gayo, Marciano y Ulpiano**
- **Bajo Justiniano: Novela 4,3 y Novela 120,6,2**

EDAD MEDIA Y DERECHO ESPAÑOL

- **Fuero Juzgo**
- **Fuero Real**
- **Las Siete Partidas**

EVOLUCIÓN POSTERIOR EN LAS CODIFICACIONES EUROPEAS

CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

- **La dación en pago en Navarra: La ley 493 del Fuero Nuevo**

SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

- **La burbuja inmobiliaria**
- **Sistema hipotecario: regulación básica y proceso ejecutivo**

INICIATIVAS ACTUALES SOBRE LA DACIÓN EN PAGO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En los últimos años del actual contexto de crisis económica se ha vuelto a descubrir esta figura, *la datio in solutum*, que ha motivado la reflexión sobre su desarrollo futuro, e incluso ha llegado a generarse un importante debate sobre su posible eliminación. La principal razón de este trabajo, no es otra, que la coyuntura socioeconómica actual y por ello se hace necesario mirar al Derecho Romano que descubrió el concepto de obligación como un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor, en el que el acreedor tiene el derecho de exigir la prestación, y el deudor, en contraposición, tiene el deber de cumplir con la prestación debida. Por tanto, la regla general en materia de ejecución de las obligaciones consistía en el deber de cumplir con la prestación debida, en el tiempo y lugar estipulados por las partes. Sin embargo, como podía suceder que el deudor no dispusiese de dinero efectivo suficiente para pagar la deuda en el momento de su satisfacción, el Derecho Romano autoriza la dación en pago como una alternativa de pago en la ejecución de obligaciones pecuniarias, distinta a la regla general, que sustituye la entrega de dinero por la de bienes propiedad del deudor que sumen un valor equivalente a la prestación debida.

Es indiscutible que la Dación en Pago constituye un importante capítulo del Derecho de las Obligaciones. La Dación en Pago se presenta no sólo en el Derecho privado sino también en el público. A veces, se ha cuestionado su origen histórico, pues algunos juristas afirman que la dación en pago se aprecia por primera vez en el derecho Ático, en la antigua Atenas. Pero, independientemente de ello, es la Jurisprudencia romana la que nos sorprende por su gran sensibilidad social y por sus soluciones de justicia, porque esta institución implicó un acuerdo entre acreedor y deudor, dirigido a reemplazar el objeto originario de la prestación por otro de igual o mayor valor del ofrecido. La regla general en materia de obligaciones señala que el deudor debe cumplir con la prestación debida. Pero la regla no es absoluta, por lo que aparece la figura de la *Datio in solutum*. Sin embargo, desde la época antigua hay dudas y diversas posibilidades de solución, por lo que hay que explorar la teoría de las obligaciones desde el Derecho Romano, pasando a través de la Edad Media hasta la actualidad. Eso nos ayudaría a aclarar el importante debate existente hoy en día, sobre la posible ejecución de la garantía real en los préstamos con garantía hipotecaria: esto es, la entrega de la vivienda a cambio de la liquidación de la deuda.

Pienso que nuestro estudio histórico, crítico y dogmático de la Dación en Pago demostrará que el Derecho Romano fue sensible a la tutela de los intereses legítimos de los deudores que es la parte más débil en la relación obligatoria.

CONCEPTO Y NATURALEZA

Concepto:

La definición básica de la dación en pago podría ser la siguiente: La dación en pago, también llamada *datio in solution* (o *datio in solutum* en latín) es la institución jurídica que busca la extinción de las obligaciones por medio de una prestación distinta a la acordada, una vez se da el incumplimiento de la primera prestación original, siendo necesaria la existencia de un acuerdo entre deudor y acreedor. Por esta formulación, tradicionalmente, se consideraba a la dación en pago como una forma de pago, porque su función sólo era romper el principio de identidad de la prestación, lo que significa que el deudor no la paga en su forma originaria sino con una prestación diferente, con el previo consentimiento del acreedor.

Aparte de esa denominación clásica, los autores modernos establecen sus propias posturas definitorias, ya que no todos reconocen a la dación en pago como una forma de pago, debido a que el pago de la prestación no necesita del consentimiento por parte del acreedor (si él quiere recibe y si no quiere no recibe). Sino que para estos autores, la dación en pago se asimila a una forma de sustitución del pago. En cambio, Ernesto Gutiérrez Y González¹, que la reconoce, define a la dación en pago como “un convenio en virtud del cual un acreedor acepta recibir por pago de su crédito un objeto diverso del que se le debía”.

La dación en pago se puede convenir libremente por los contratantes, pues si ellos han sido libres para establecer la obligación, son libres igualmente para introducirle modificaciones, como por ejemplo, cambiar una prestación por otra. Por

¹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, E., Derecho de las Obligaciones, México, 1965

eso, existe dación en pago cuando o bien toda la prestación se cambie por otra, o bien se cambie una parte. El crédito se extingue sin importar que el objeto entregado corresponda o no al valor primitivo. El acreedor no puede desistir de la nueva prestación y hacer revivir la antigua, porque previamente ya ha alcanzado un nuevo acuerdo con el deudor.

Elementos de la dación en pago:

Por esto, es importante hacer mención a los elementos que sirven de estructura a la dación en pago, que son: la validez de la obligación, la necesidad de que la obligación esté vencida y sea exigible, y el acuerdo entre deudor y acreedor sobre el objeto.

1.- La validez de la obligación: Es necesaria la existencia de la obligación ya que el fin principal de la dación en pago es el extinguir esa relación. Tiene que estar válidamente constituida, porque si adolece de nulidad de pleno derecho la consiguiente dación en pago también será igualmente nula. No ocurre lo mismo en los casos de anulabilidad, puesto que la doctrina y la jurisprudencia aceptan a la hora de pactar la dación en pago que se esté, al mismo tiempo, convalidando los vicios² que afectaban a la obligación originaria. No hay inconveniente en que la dación se refiera a una obligación propia o a una obligación ajena, ya que es válido el pago hecho por un tercero.

2.- Necesidad de que la obligación esté vencida y sea exigible: Este hecho lleva a afirmar que la dación solo podrá producirse por un incumplimiento de la obligación originaria. Si se da un cambio en la prestación antes de que esta sea incumplida, estaríamos ante una novación y no ante una dación en pago.

3.- Acuerdo entre deudor y acreedor sobre el objeto: La lógica nos dice que será el deudor quien proponga al acreedor la posibilidad de satisfacer el crédito que se ostenta frente a él por medio de una prestación distinta a la originaria. En Roma era permitido que fuera el acreedor el que propusiera al deudor entregar otra cosa para suplir lo que no se podrá entregar. Dentro de este acuerdo, debemos de mencionar la

² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO R., Comentarios al Código Civil, pág. 222.

figura del límite de tolerancia que obliga a que el *aliud* sea equivalente o próximo en valor al *alio*, no siendo posible la entrega de un bien de valor muy inferior al de la obligación original, porque de ser de este modo, no sería una dación en pago sino un pago parcial de la prestación. En el Derecho romano, mediante la entrega del *aliud* la obligación se extinguía ipso iure para los sabinianos, pero para los proculeyanos la obligación originaria entre las partes no se extinguía.

Clases de dación en pago y requisitos:

Una vez presentes estos elementos generales, pasamos a exponerse las dos clases de dación en pago que existen, según la doctrina y la legislación positiva vigente, y sus elementos: Dación en pago voluntaria y dación en pago necesaria.

1) La “*Datio in solutum* voluntaria” se define como “el acto en que el deudor da voluntariamente en pago una prestación distinta a la debida al acreedor propio, que consiente en recibirla en sustitución a la otra que le habría correspondido”. Precisamente, la dación en pago voluntaria se denomina así porque deudor y acreedor se ponen de acuerdo, por voluntad propia, sin que haya ningún tipo de deber jurídico que les obligue a hacerlo. Los elementos concretos de este tipo de dación en pago son los siguientes:

- El ánimo de pago o de extinción (*animus solutionem*): Cuando se está pagando con una prestación diversa a la originaria, debe haber intención de extinguir la obligación. Este *animus solutionem* se presume *iuris tantum*, de modo que puede demostrarse que lo que se ha pagado ha sido por error, en cuyo caso, habría un pago de lo no debido.
- Prestación diversa de la debida: La prestación dada como pago debe ser diversa a la debida, porque si fuera idéntica no habría dación, sino pago. Debe haber un pago efectivo.
- Aceptación del acreedor: Es el elemento fundamental de la dación voluntaria, porque no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación diversa, a menos que él lo consienta. Dicho consentimiento puede ser tanto escrito como tácito.

2) La “*Datio in solutum* necesaria” se define como “el acto en que el acreedor está obligado a recibir una cosa distinta de la que señala la obligación”. Se denomina así porque está establecida por el imperio de la ley, independientemente de que vaya en contra de la voluntad del acreedor. Ello ocurre cuando se debe acudir al pago por equivalencia, como pasa, entre otros casos, cuando una cosa ha sido destruida y es irremplazable por ser única. Para que pueda darse una dación en pago necesaria deben darse los siguientes requisitos:

- Imposibilidad de cumplimiento de la obligación: Al deudor le debe resultar imposible cumplir con la prestación originalmente pactada. Él mismo deberá ser quien diga que no puede cumplir lo acordado, y ofrecer un pago alternativo.
- Establecimiento por imperio de la ley: Sólo podrá darse en los casos previstos por ley.
- Carácter judicial: Sólo podrá establecerse según lo establecido en la sentencia dictada en un juicio ordinario.

Naturaleza jurídica de la dación en pago en Roma

La jurisprudencia romana clásica relativa a la *datio in solutum* voluntaria enmarcó sistemáticamente la *datio in solutum* entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a la *satisfactio* del acreedor. Veremos como triunfa la idea de los Sabinianos que defendían la tesis de que la obligación que daba lugar a la *datio in solutum* se extinguía *ipso iure* y que por ninguna causa volvía a tener existencia. Esta opinión triunfó con Justiniano. En la *datio in solutum* necesaria (que surge ocasionalmente con César, pero se desarrolla con Justiniano) ya no será la voluntad del acreedor la que dé lugar al nuevo acto jurídico, sino que será la Ley la que lo determine.

En un principio, en el Derecho Romano el pago debía ser íntegro. El pago no libraba al deudor sino cuando se verificaba totalmente, pero la necesidad de legislar las diversas situaciones económicas en las que podría encontrarse el deudor, impuso que

más tarde se admitiese el pago parcial de la deuda. La Ley autorizaba esta división del objeto en dos supuestos:

Primero: Cuando la obligación estaba asegurada por varios fiadores no podían ser demandados cada uno sino por la parte que le correspondía, por tanto la deuda sufría una división necesaria y el acreedor tenía que admitirla, ya que había una “imposibilidad material para el pago conjunto”.

Segundo: Si el deudor disfrutaba por alguna causa del beneficio de competencia, y sus bienes apenas alcanzaban para cubrir sus deudas, tenía derecho a reservarse una parte para su subsistencia y el acreedor tenía que aceptar el pago parcial. Este es un caso de “imposibilidad de carácter moral de pago completo”.

Naturaleza jurídica de la dación en pago en la actualidad

¿Pero cuál es la naturaleza jurídica actual de la dación en pago? La cuestión de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* sigue hoy en día planteando dudas y discusiones varias. Mucho se ha dicho y escrito sobre este tema, pero en la Doctrina civilista moderna no se ha llegado aún a conclusiones sobre la materia. La clave se encuentra en que se ve a la dación en pago no sólo como un modo de extinción de las obligaciones sino también se entiende como un convenio entre el deudor y el acreedor que da lugar al cambio de objeto de la obligación.

A lo largo de la historia, los juristas han ido dando diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago:

En primer lugar, partiendo de la necesidad del acuerdo necesario entre acreedor y deudor, se ha estimado que la dación en pago era como un contrato asimilado a la compraventa atendiendo a sus efectos. Esta postura, que para algunos tiene sus orígenes en el Derecho Romano de la época justiniana, pero que en verdad es de una época previa, fue la seguida, tras la caída del Imperio Romano, en el Derecho del Medievo hasta el Derecho francés previo a la codificación napoleónica. También siguieron esta postura los juristas españoles y alemanes del momento, aunque cada uno con sus propias matizaciones. Sin embargo, esta posición no podría ser aceptada porque el

acuerdo entre acreedor y deudor no genera ningún tipo de obligación; al contrario, su función es única y exclusivamente extinguirla.

En segundo lugar, en la doctrina francesa posterior al Código de Napoleón se genera una fuerte tendencia a configurar la dación en pago como una novación objetiva. Otros países, entre ellos España, también apoyan esta posición, superadas las doctrinas anteriores.

Finalmente, según un punto de vista más actual, hay quienes la consideran como una mera modalidad de pago de la prestación debida.

Por eso la naturaleza jurídica de la Dación en Pago en la época clásica del Derecho Romano sería un acto que procura la satisfacción del acreedor, y en la época postclásica la naturaleza sería de contrato, de negocio obligatorio. Sobre esta materia nos habla Serrano Chamorro³ que nos dice que los juristas romanos no se plantearon el convenio entre deudor y acreedor como núcleo central de la dación en pago. Así, la jurisprudencia romana no llegó a discutir acerca del posible efecto novatorio producido por aquel convenio, ni tampoco se preguntaron acerca del posible carácter consensual o real del mismo.

No se tienen que dar acuerdo y realización de manera coetánea como dice la autora Marín García de Leonardo⁴. Sin embargo, Belinchón Romo⁵ defiende que la dación tiene un *efecto pro soluto* y otro efecto *pro solvendo*. El *pro soluto* es el ordinario de la dación, mientras que el *pro solvendo* se refiere a cumplir con la nueva prestación acordada en el convenio de manera dilatada en el tiempo, a lo que otros autores contestan afirmando que eso sería una novación.

En resumen, como formas para tratar de identificar **la naturaleza jurídica de la dación en pago** podemos distinguir:

³ SERRANO CHAMORRO, M^a E., “*Entrega de cosa distinta a la pactada*”, ed. Aranzadi, 2006

⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. “Consideraciones sobre la dación en pago”. RDCI. pág 134

⁵ BELINCHÓN ROMO, M^a R., “*La dación en pago en el Derecho español y Derecho comparado*”, ed. Dykinson, Madrid, 2012

1.- La dación en pago como novación: Debido a que tanto en la novación como en la dación en pago se produce un cambio de prestación, ya sea con la subsistencia de la obligación como ocurre con la dación y con la novación modificativa, como con la extinción de la misma mediante la novación extintiva. Los juristas actuales defensores de esta postura utilizan, en nuestro ordenamiento jurídico, como argumento a favor el artículo 1849 del Código Civil (“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”), porque, en ese precepto sobre la fianza, ven como al ser aceptada por las partes se extingue la obligación originaria y se establece otra nueva. Sin embargo, otros juristas, como por ejemplo el italiano PERLINGEIRI⁶, afirman que esto no parece posible, ya que en la novación se extingue una obligación y nace otra, por lo que la novación tiene un *animus novandi*, con el que se pretende mantener un vínculo entre las partes con la nueva obligación; mientras que en la dación en pago se extingue la obligación pero sin que nazca otra, porque la dación en pago tiene un *animus solvendi*. Además, los críticos hacia esta postura también alegan como razones contrarias:

- La diferencia de efectos en caso de incumplimiento: Si hay incumplimiento de la nueva prestación en la novación, el acreedor no puede reclamar la prestación originaria; mientras que si hay incumplimiento de la segunda prestación en la dación en pago, si se podrá reclamar la prestación pactada inicialmente.
- El elemento temporal: La novación puede producirse en cualquier momento de la duración de la obligación, sin necesidad de imposibilidad de poder cumplir con la prestación originaria; pero en la dación en pago se requiere un convenio entre las partes sólo cuando la obligación esté vencida y sea exigible.

Por otro lado, hay quienes dan un paso más adelante, adoptando una postura más intermedia, afirmando que la dación en pago es, más bien, una especie de “novación impropia”, es decir, una simple modificación del objeto de la obligación, sin llegar a ser una obligación distinta.

⁶ PERLINGEIRI, “Comentario del Codice Civile: Dei modo di estinzione delle obbligación diversi dall’adempimento”, arts. 1230 a 1259, Bologna 1975

2.- La dación en pago como compraventa: Porque algunos juristas afirman que si se debe una cosa y a cambio se recibe dinero, también sería como si hubiera una compraventa si se debe dinero y se recibe una cosa de idéntico valor. Es la postura que más se remonta en el tiempo, porque ya en el derecho romano y justiniano se asimilaba la *datio* a la compraventa. Los juristas que defienden esta postura, como BAS Y RIVAS⁷, resumen su tesis en que a la dación en pago se le puede aplicar el régimen de la compraventa en lo referente al saneamiento de prestación por vicios ocultos, a la evicción y a los gravámenes ocultos. Sin embargo, esta opción puede tener el inconveniente de que está pensada para las obligaciones de dar, pero la dación en pago también puede darse en el caso de obligaciones de hacer o de no hacer.

3.- La dación en pago como permuta: Al darse el acto final de cambiar un objeto por otro. Pero al igual que con la postura de la compraventa, no siempre se hace dación en pago de un objeto por otro, sino que puede ser también un objeto por una suma de dinero o una prestación de hacer o no hacer por otra prestación tanto de hacer como de no hacer.

4.- La dación en pago como contrato: Porque en ambos casos es necesario un acuerdo entre las partes, cuya validez y eficacia requiere de la capacidad de obrar de ambas partes y de la ausencia de cualquier vicio respecto al consentimiento. Dentro de esta teoría hay, a su vez, distintas calificaciones, ya que hay quienes defienden la dación en pago como un contrato extintivo, como hace SERRANO ALONSO⁸, basándose en el artículo 1255 del Código Civil (“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”), para dar cabida a este tipo de contrato; y a otros que defienden que la dación en pago como contrato sería uno de carácter oneroso, como hacen HEREDIA Y CASTAÑO⁹ y RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE¹⁰.

⁷ BAS Y RIVAS, “*La dación, adjudicación y cesión de bienes, en función de pago de deudas*”, en RCDI, pág. 586, 1945

⁸ SERRANO ALONSO, “*Consideraciones sobre la dación en pago*”, en Revista de Derecho Privado, pág. 416, 1978

⁹ HEREDIA Y CASTAÑO, B. “*El incumplimiento de las obligaciones*”, pág. 373 y ss., en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956

¹⁰ RODRIGUEZ ARIAS, B. “*Derecho de Obligaciones*”, pág. 474 y ss., en Revista Derecho Privado, Madrid, 1965

5.- La dación en pago como modalidad de pago: Se atiende a los efectos de la dación en pago, que se asimilan a los del pago efectivo. Se dice que esta postura es la que más se acerca a la realidad, por el momento.

Queda claro, que no podemos asignarle a la dación en pago una naturaleza ni de compraventa, ni de novación, ni de contrato pero es cierto que comparten características comunes. Estaríamos ante una figura con una mezcla de varias naturalezas pero con sus características propias. Es un medio de extinción de las obligaciones que hace las veces de pago y no sería necesario buscar su naturaleza en otras figuras. Dicho de otra forma, la dación en pago es más bien una institución jurídica independiente.

ORIGEN Y DESARROLLO EN EL DERECHO ROMANO

PRELIMINARES EN ÉPOCA CLÁSICA

La referencia más remota que nos citan las fuentes en torno a la dación en pago, en concreto a la dación necesaria o *datio necessaria*, parece remontarse a la época de Julio César y durante la guerra civil del siglo I a.C. Es interesante porque significa que de alguna manera la idea o concepto de la dación en pago ya estaba en la mentalidad jurídica de la época de Julio César, aunque, como veremos, la dación en pago como la conocemos nace en la época de Justiniano.

Gracias a los escritos dejados por GAYO, podemos apreciar cómo en esta época se tiene constancia entre los juristas de la utilización de esta institución como forma de extinción de las obligaciones, siendo lo más importante el acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor. La petición de dación podía hacerla el deudor *pro rogationem* o provenir del propio acreedor. Hay que reseñar que esta primera dación tenía un carácter voluntario, no pudiendo ser impuesta al acreedor.

BAJO CÉSAR

La legislación de Julio César fue dictada e incorporada por la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis* (49 a.C.) en donde dispone de un procedimiento que permite resolver el problema del cumplimiento de las obligaciones, ofreciendo una salida adecuada a los intereses de los deudores y acreedores. Tenemos que tener en cuenta que las medidas decretadas obedecen a condiciones especiales, porque Roma padecía una situación de deflación monetaria, cosa que más adelante veremos que también pasará en época de Justiniano y en la Alta Edad Media. Durante la guerra civil, en la que César derrotó a Pompeyo, Roma tenía una gran crisis política y financiera. César con su *Lex Julia de Cessione* permitía a los deudores devenidos en insolvencia, sin haber existido dolo o culpa imputable a ellos, abonasen las deudas pecuniarias con otro tipo distinto de bienes. La *Datio* era impuesta al acreedor. Con este procedimiento, el deudor encontraba una forma de sustraerse a la sentencia condenatoria, pudiendo disfrutar en ciertos casos del beneficio de competencia, porque los acreedores no adquirirían la propiedad sobre los bienes mismos, sino sobre el producto de la venta. Entonces no se trataba de una verdadera adjudicación ya que el deudor conservaba el derecho de recuperar sus bienes cedidos hasta antes de la adjudicación hecha a favor del tercero, siempre y cuando hiciera el pago en efectivo. De lo contrario, se liberaba de la responsabilidad obligacional en la medida en que fueran satisfechos los créditos con el precio conseguido en subasta: es el llamado procedimiento de la *cessio bonorum* como nos explica CARUSI¹¹. Hoy en día se asemejaría más a la regulación del concurso de acreedores.

Cuando Julio César impuso la dación forzosa estaba obligado por las demandas populistas. Estableció medidas en la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis* para auxiliar a los prestatarios. Por un lado, les perdonó los intereses atrasados y descontó del capital principal los créditos que había pagado. Y por otro, estableció que el acreedor cobraría lo que le *debían* con los bienes muebles e inmuebles del deudor. Tales bienes recibirían una valoración anterior a la guerra civil, para evitar posibles casos en que los deudores acabarían en bancarrota.

¹¹ CARUSI, “*Diritto e Filosofia*”, Bologna, Capeli, 1925

Según THEODOR MOMMSEN¹², Julio César había arbitrado una especie de dación en pago. Pero no fue una solución muy bien acogida. La idea de que prestamista y prestatario compartieran equitativamente las pérdidas no contentó a nadie. En primer lugar, encarga el nombramiento de árbitros que determinen las “*possessiones*” y las “*res*” de los deudores conforme al valor prebélico que tuvieran. Luego manda que los deudores satisfagan a los acreedores con sus posesiones conforme al precio de antes de la guerra, esto entraña una rebaja de un cuarto del débito. Según parece, esa Ley Julia de *Pecunias Mutuis* del 49 a.C fue adoptada por César en contra del criterio de un sector de su partido que quería que se cancelaran totalmente los débitos. La doctrina la ha entendido como una norma de carácter coyuntural y política, inspirada más en el *favor creditoris* que en el *favor debitoris*. Además, tuvo una vigencia muy limitada. Según MOMMSEN fue el primero que concedió al insolvente la facultad que todavía hoy sirve de base a todas las liquidaciones de bancarrota. Como hemos visto cuando Julio César impuso la dación forzosa, estaba en plena guerra civil, mientras que con Justiniano, el cual aceptó la teoría sabiniana, la dación tomará, como ya veremos, un carácter más social.

La controversia sobre la *datio* surge en Roma de la mano de los Sabinianos y los Proculyanos. Estas dos escuelas jurídicas clásicas ven de manera diferente la *datio*, en cuanto a que los primeros esgrimen que una vez aceptada por el acreedor y deudor, y realizada la prestación sustitutoria, la obligación se da por extinguida. Como ya hemos dicho, hablaríamos de una extinción *ipso iure*. Esta forma de entender la dación choca con la teoría proculyana que no viendo en la dación una extinción de la obligación, concede una *exceptio doli o exceptio pacti* para el caso de un juicio posterior promovido por el acreedor. Ambas teorías llegan al mismo resultado, el dar por cumplida la obligación e impedir reclamación alguna en un juicio posterior, pero la tesis sabiniana nos lleva en cierta forma a equiparar la dación en pago a la compraventa, mientras que para los proculyanos se podría exigir el derecho a la prestación original, porque la obligatoriedad no está extinta. Siguiendo la primera proposición, nos encontramos con ULPIANO que nos trasmite su idea de ver como la dación se asemeja totalmente al pago. Pero cómo hemos visto, es en la época de Julio César cuando surge la *datio necessaria* o dación forzosa.

¹² MOMMSEN, Th. “*Historia de Roma*”. Ed. Turner, Publicaciones, Madrid 2003

Tenemos que tener en cuenta que la dación en pago como figura jurídica llamada *datio in solutum necessaria* encuentra su verdadero origen en las Novelas de Justiniano, seis siglos más tarde, pero consideramos un antecedente histórico muy importante las medidas adoptadas por César, aunque sólo constituyeron una solución puntual a un problema socio-económico concreto y en unas circunstancias históricas determinadas, de modo que no podemos ver en estas medidas sino una fuente de inspiración que tuvieron amplio eco en diversas fuentes literarias latinas.

JURISPRUDENCIA ROMANA CLÁSICA: GAYO , MARCIANO Y ULPIANO

En las fuentes romanas, es usual encontrar diversas expresiones dirigidas a identificar la *datio in solutum*. Estas expresiones contienen el verbo *solvere* en algunas de sus formas. Sabemos que encontramos vestigios sobre el origen del debate sobre la *datio* entre el período republicano tardío y el alto clásico de la jurisprudencia romana, como muestra la conocida disputa entre las escuelas clásicas a la cual se refiere GAYO¹³. El caso al que más frecuentemente se refieren los fragmentos es aquel en el cual el *aliud* es *in dando*; más exactamente, aquel que consiste en la hipótesis de que la *datio* de una cosa mueble o inmueble se da en lugar de una suma de dinero o de otra cosa. STEINER¹⁴ afirmó que el origen de esta forma de *datio in solutum* puede ser encontrado en una época tardía.

GAYO, en la segunda mitad del siglo II d. C., parece decidirse sin reserva por la opinión de los sabinianos a los que llama “nuestros maestros” (Inst.3, 168). De tal modo, que al extinguirse la obligación *ipso iure*, no habrá lugar a hablar más del crédito original ya extinto, sino más bien del saneamiento de la cosa dada en pago. La escasa circulación monetaria provoca que o bien las relaciones obligatorias sean de naturaleza no monetaria, o bien que las obligaciones dinerarias pierdan su naturaleza. Por eso, afirma MELILLO que el uso del *aliud pro alio* en la economía romana no pudo ser

¹³ Gayo Instit. 3,168

¹⁴ STEINER P., “Datio in solutum”, Munich, 1914

extraordinario. Por ello, la falta de precisión en las fuentes romanas no puede ser atribuida al desconocimiento del fenómeno, sino más bien a la lejanía de la institución, de los intereses de un derecho a menudo ligado a las clases socialmente altas.

Mientras los sabinianos habían definido la *datio in solutum* como una forma de *solutio*, los proculeyanos habían considerado a esta figura como un *pactum de non petendo*. Por esta razón, estas escuelas habrían tenido diferentes perspectivas acerca de esta figura.

GAYO dice que los proculeyanos habían otorgado a la *datio in solutum* un efecto *iure praetorio*, mientras que los sabinianos la equiparaban con la *solutio* que extinguía la acción (*iure civilis*). También nos confirma en Instit. Gayo 3, 141 que los sabinianos habrían sostenido que los contratos de permuta y compraventa coinciden en su esencia. Ellos apreciaban el valor del *aliud* como equivalente a la prestación original, de manera tal que con la ejecución de éste la obligación se extinguiría como si hubiese acaecido la *solutio*.

MARCIANO en D. 46, 3, 46 afirma que en caso de evicción, se considera subsistente el crédito primitivo con sus accesorios. Según él, ya por el siglo III d. C., subsiste la obligación original, porque si se producía esa evicción parcial, no procederá el saneamiento sino la exigencia de la obligación primera. Marciano prosigue el pensamiento de los proculeyanos. La *datio in solutum* necesaria de un crédito puede ser descartada en el derecho romano clásico. Sólo fue válida en el derecho justinianeo.

ULPIANO en D. 50, 16, 176 dice que si el deudor ejecuta una prestación distinta a la debida, entonces no hay cumplimiento. Sin embargo, la relación obligatoria puede ser disuelta a través de la ejecución de otro comportamiento, cuando el efecto solutorio de éste ha sido aceptado por el acreedor. Este fenómeno, que ha sido denominado *pro soluto*, tiene que diferenciarse de aquel en el cual el acreedor es satisfecho a través del cumplimiento de una nueva obligación (*pro solvendo*). Por eso para Ulpiano la *datio in solutum* constituye algo así como una compraventa. Por tanto, considera al acreedor como un comprador.

Ulpiano también declaró, según el D. 4, 4, 40, 1 que si un menor de edad transfiriese un fundo (finca) heredado de su padre, con el objeto de extinguir una deuda heredada, esta *datio in solutum* podría ser revocada mediante la *restitutio in integrum*.

KRETSCHMAR¹⁵ expuso la tesis según la cual el significado original de la palabra *solutio* se habría referido a todo acto con que satisficiera al acreedor y con ello, se disolviese el vínculo material del *obligatus*.

Pero, según el *ius civile*, la *datio in solutum* no pudo ser un contrato. Como es conocido, en general, por la dogmática romanista, el uso de la palabra *contratus* se desarrolló en conexión con el sistema de las fuentes de las obligaciones y, por lo tanto, el efecto *solutorio* fue completamente excluido de esta categoría. La disputa entre los juristas romanos fue por la tensión entre el *contratus-pactus* que aparece en la historia de la jurisprudencia romana.

MELILLO ha sostenido que diversos pactos debieron haber sido el medio usual y adecuado a través del cual, una figura jurídica sin normativa como la *datio in solutum*, se adaptaba para proteger los intereses de las partes en la relación obligatoria.

SOLAZZI¹⁶ afirma que después de Justiniano y hasta el final del siglo XIX, los juristas emprendieron numerosos esfuerzos dirigidos a armonizar las fuentes existentes con relación a la *datio in solutum*, pero estas soluciones, como veremos, fueron consideradas contradictorias por los glosadores. Esta doctrina de la glosa fue compartida por la doctrinal medieval.

BAJO JUSTINIANO:

El punto crucial de la dación en pago será la época justiniana. En esta época se asentarán las bases normativas de la “*datio in solutum necessaria*” o “*beneficium dationis in solutum*” y será un mecanismo que va a posibilitar la liberación del deudor sin consentimiento del acreedor, por lo que a éste no le quedará más remedio que

¹⁵ KRETSCHMAR, P., “Die Erfüllung, 1906,4-50

¹⁶ SOLAZZI S., “L’estinzione dell’ obbligazione”, Milano,1935

aceptar un “*aliud pro alio*”. Los textos más importantes son la Novela 4,3 y la Novela 120, 6, 2, las cuales analizaremos:

Novela 4,3

La primera Novela la dirige Justiniano a Juan de Capadocia (prefecto pretorio) en el año 535. Justiniano dispuso un caso de *datio in solutum necessaria* que está contenida en la Constitución IV, capítulo III. La constitución consta de un prefacio, tres capítulos (el último se refiere a la dación) y un epílogo. Establece pautas de actuación sobre la forma en que deben ser satisfechos los acreedores cuando los deudores resulten insolventes y no dispongan de dinero contante, pero si dispongan de bienes inmuebles. Tiene presente varias circunstancias: como que el deudor tiene que carecer de bienes muebles con los que pueda pagar la deuda y que el deudor no pueda pagar la deuda por falta de comprador, ya que con frecuencia el bien se encontraba sujeto a título de *pignus* o garantía. Por eso, en la Novela se ordena que los magistrados de Constantinopla y los presidentes de provincias hagan una estimación exacta de los bienes inmuebles del deudor, para pasar una parte de estos bienes hasta el total pago del monto de la deuda. La atribución de estos bienes deberá hacerse con la finalidad de que el acreedor reciba las mejores cosas, puesto que no sería justo que se efectuara de otra forma, en perjuicio de un sujeto al que se le ha asignado un bien inmueble en lugar del dinero al que tenía derecho. Se quiere proteger al deudor pero también al acreedor, son decisiones humanistas. Además, se deja al acreedor la posibilidad de que busque un adquirente para esos bienes.

Justiniano acepta la teoría sabiniana y la dación en pago toma un carácter más social. ¿Por qué la dación en pago pasa a tener un carácter social? La respuesta es porque Justiniano concedió la posibilidad de una dación forzosa para proteger a determinados deudores como la Iglesia. Como el mismo Emperador decía “*humana benevolencia*”, algo no muy alejado de lo que hoy en día se solicita en nuestra sociedad.

Novela 120, 6, 2

Al aceptar el emperador esta postura zanja la cuestión, en el sentido de que la dación en pago produce *ipso iure* la extinción de la obligación. Esta Novela es dictada en el año 544 para el prefecto pretorio Pedro. El emperador establece el beneficio a favor de ciertos deudores como es la Iglesia. Es verdad que el acreedor podía exigir las

mejores tierras, salvo que la Iglesia fuese la deudora, entonces el acreedor debe resignarse. En el caso de que la “*venerabilis domus*” no hubiera satisfecho el débito y la institución pública no poseyera bienes muebles, con los que poder hacer frente a la situación, pero contara con bienes inmuebles, Justiniano establece en su condición de jefe de la Iglesia que se adopte un procedimiento particular que se describe en esta ley:

- En primer lugar, se tiene que atribuir a los acreedores una especie de prenda, que les permita hacer suyos los frutos, imputándolos primero al capital y luego a los intereses.

- En segundo lugar, los administradores tienen que informar a los patriarcas de la declaración del crédito y publicar durante veinte días un bando de venta de los bienes inmuebles.

- Y en tercer lugar, se ordena que el acreedor sea conminado a aceptar *pro soluto* la posesión de los inmuebles (se tendrá que realizar una exacta y precisa estimación aumentada en un décimo).

Fuera de la iglesia, Justiniano establece un nuevo *beneficium* que es el *beneficium dationis in solutum*, pero lo establece como medida excepcional justificada por la escasez de trabajo y por situación de crisis económica, como pasó con César, ya que en el 532 había concertado una paz “perpetua” con el otro gran imperio: Persia¹⁷, pero ya había iniciado campañas militares y había tenido que hacer gastos excesivos.

En el 533 había entrado en vigor el Digesto, en donde se habían recogido numerosos pasajes que demuestran la aceptación de la dación en pago voluntaria. Como ejemplo cito el D. 12.1.2.1 “*aliud pro alio invito creditori solvi potest*”. La decisión del Emperador resulta inesperada. En la misma fecha que el Digesto, habían entrado en vigor las Instituciones de Justiniano, en donde se dice que toda obligación se disuelve por el pago de lo que se debe, y también cuando “alguien hubiere pagado, consintiéndolo el acreedor, una cosa por otra”.

¹⁷ VASILIEV, “Historia del Imperio Bizantino”, Ed. Iberia-Joaquín Gil, 1946, p.167

Pese a haber establecido el nuevo beneficio de manera excepcional o transitoria, y limitado solamente a aquellos deudores que debían dinero proveniente de un mutuo (préstamo de dinero), es muy importante la labor de Justiniano, porque al final ese beneficio quedó como una medida permanente. Y, también, considero importante que el citado beneficio no apareciese extendido a todos los deudores, sino sólo a aquellos que había recibido dinero en mutuo y se encontraban en juicio por esta causa. ¿Por qué solo estos deudores? La Constitución no lo dice, pero debemos tener en cuenta que en estos tiempos el dinero no constituye ya una mercancía cualquiera, sino un instrumento de cambio de carácter oficial, de modo que las actividades de los banqueros se habían desarrollado y tenían la protección de Justiniano¹⁸, como ejemplo cito la Novela 136 del año 541. En el prefacio de ésta se dice que los banqueros “son útiles a muchos, aceptando consignaciones y mutuos, llenos de toda suerte de peligros”. Pero esta Novela 136 es varios años posterior a la constitución que estableció la dación. Es posible que los banqueros hubiesen podido presionar al Emperador y por vía de la dación en pago quedarse con los inmuebles de sus deudores; estos se librarían de la prisión y no entregarían todos los bienes sino sólo los equiparables a la deuda según la tasación.

Relata BRÉHIER¹⁹ que el establecimiento del beneficio justiniano obedeció a su convicción de que, como Emperador, era el ejecutor de la justicia divina. Se esforzó en subordinar a la Iglesia y gobernar al clero. Aunque fracasó, trató de terminar con la corrupción de los funcionarios y sanear las finanzas imperiales.

Justiniano era un emperador cristiano, quien procuró en su obra legislativa (no sólo en materia del derecho de las personas) unir el derecho clásico romano con las enseñanzas del cristianismo (no veía con buenos ojos a quienes prestaban dinero a interés). En Roma, desde tiempos remotos se prestó dinero con interés. Ya aparecían en las XII Tablas las “Tasas” correspondientes. Pero el cristianismo vino a cambiar esta costumbre. Lo del interés no fue ya una cuestión jurídica, sino moral. La concesión del beneficio viene como una manera de sancionar a esos prestamistas, dando cobertura a los más débiles que deberían devolver lo recibido. Sin embargo, seis años más tarde, ya

¹⁸ CERAMI - PETRUCCI, “Diritto comerciales romano”, Torino,2008,p.230

¹⁹ BRÉHIER, “Vida y Muerte de Bizancio”, Ed. Uteha,1956,p 19

en la Novela 136 cambia de opinión pero mantiene vigente el *beneficium dationis in solutum*.

El mismo Justiniano aclaró que esta Constitución tenía razones humanitarias y tenía carácter extraordinario, con la cual quería resolver un común problema de incumplimiento de contratos de mutuo, causado por una coyuntura habitual en los intercambios comerciales. En este momento el marco es de grave situación económica: graves y costosas guerras en occidente.

La Novela 4,3 de Justiniano establece la regulación de la *datio in solutum* tanto en el ámbito material como procesal, siendo dicha Novela objeto de estudio por tratadistas medievales y renacentistas y siendo recibida en el *ius commune* europeo. Se establece en la Novela que los jueces competentes al efecto deberán realizar “una escrupulosa estimación de los bienes del deudor” y que harán entrega de la posesión de los inmuebles de mayor valor al acreedor con la finalidad de que con la venta de éstos se verifique una dación en pago.

EDAD MEDIA Y DERECHO ESPAÑOL

Fernando III, en el siglo XIII, fue el primero que inició una labor de unificación de aquellos Fueros que constituían, básicamente, los Derechos locales de una región o de una ciudad. El rey manda traducir el “Liber Iudiciorum”, que recibió el nombre de “Fuero Juzgo”, a la lengua romance y lo otorga como fuero a varias poblaciones. Pero será con **Alfonso X** cuando el proceso de unificación del Derecho, paralelo a la prevalorización del poder real sobre los poderes señoriales y locales, alcanzará nuevos impulsos en su reinado, ya que en su época se publican el “Fuero Real, el Espéculo y las Siete Partidas”, cuya aspiración común es dar unidad y fijeza a todo el Derecho. Sin embargo, esta aspiración de unidad jurídica resultó fallida, ya que en estos textos observamos dos criterios diferentes, en el Espéculo y en Las Partidas se seguiría la tradición romana pero en el Fuero Real se seguiría la tradición germánica.

Durante la Baja Edad Media, los comerciantes crean su propio derecho y nuevas instituciones para satisfacer las exigencias que plantea su actividad. Ese Derecho, inicialmente consuetudinario, estaba respaldado en la fuerza social de las Corporaciones y los Gremios. Ya en el siglo XIII se procura la satisfacción de los intereses de créditos de los acreedores²⁰, como dice ROSSI: “sin perder de vista el origen penal de la quiebra, las instituciones que contribuyeron a su formación fueron la *datio in solutum* y la *missio in possessionem*”.

Aunque la *datio in solutum necessaria* fue fundada por los juristas del medievo en las fuentes romanas, dicha fundamentación es muy discutida hoy en día. Las fuentes del alto medievo no contienen referencia alguna sobre el fenómeno *aliud por alio*, y según ASTUTI la interpretación que se le otorga a la Datio en la Summa Perusina (siglo X) es incorrecta desde el punto de vista de las fuentes romanas.

FUERO JUZGO

Muy poca referencia se hace en el Fuero Juzgo a la dación en pago. Algunos autores como DE JESUS LEDESMA²¹ lo descubren en el Libro V, Título VI, en su Ley V, que a grandes rasgos definiría lo que hoy sería el concurso de acreedores. El texto recoge el pago a los acreedores pero no menciona como se haría dicho pago, por lo que más bien, podemos deducir que estamos en la figura romana de la “*cesio bonorum*”²².

La desaparición de una moneda común, la moneda romana, y su sustitución por tantas monedas nacionales y sobre todo la intensidad de la actividad comercial, van a propiciar la aceptación frecuente por parte de los acreedores de la dación en pago, porque será un modo más seguro y cómodo. Estamos en una época en la que el valor del dinero pierde su sentido. Recordamos que el Fuero Juzgo es la traducción del “*Liber Iudiciorum*”. Este fuero tuvo siempre un carácter espontáneo y de adaptación a las necesidades inmediatas de cada localidad.

²⁰ ROSSI, G.; “Il Fallimento nel Diritto Americano”, Padova, 1956

²¹ DE JESUS LEDESMA, “La dación en pago. Del Derecho Romano al Derecho Actual”. Anuario Jurídico, México, 1977

²² FUERO JUZGO, Edición Real Academia Española, 1815

FUERO REAL (SIGLO XIII)

La Datio in solutum parece haber sido una figura comúnmente utilizada en los ordenamientos jurídicos medievales de los países europeos mediterráneos²³. En especial aparece en la Ley XX del título XVI del libro III del Fuero Real español, que fue promulgado para el Reino de Castilla y León en 1254. Según esta norma:” *Si aquel que es tenuto de pagar algún debido a otro, diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga e mas non gela pueda demandar*”.

El Fuero Real no fue promulgado con carácter general sino como fuero municipal de algunas localidades. La tesis de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, dice que en el Fuero Real se encuentra una referencia a la dación en pago en su Libro II, Título X y Ley XV, al decir que en caso de no poder entregar la cosa convenida, el acreedor no tiene derecho a la devolución del precio, ni tampoco a exigir otra cosa de más valor. Se entiende implícito en el texto que hay posibilidad para el deudor de entregar una cosa distinta al acreedor de la que en un principio se obligó a entregar. Podemos concretar que tampoco hay una clara referencia de la dación en pago.

LAS SIETE PARTIDAS (SIGLO XIII-XIV)

Es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el Reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. En este ordenamiento medieval español se evidencia la influencia romanista, se aprecia la recepción del derecho de Justiniano.

La Quinta Partida posee 15 títulos y 374 Leyes. Se refiere a los actos y contratos que se pueden realizar o celebrar, también se refiere al pago y a la cesión de bienes. En la Partida 5, Título 14 nos habla de los modos de extinción de las obligaciones. Por tanto en las Partidas se encuentra ya claramente una referencia a la dación en pago. Se parte ya de que se concibe la dación a la manera de los sabinianos

²³ ALFONSO X EL SABIO, Fuero Real, Ed.Palacio Alcaines.1991

,pues la Ley III nos dice que el pago deberá ser hecho de la misma forma que recogió el contrato y si no en la posibilidad de dar otra cosa en sustitución de la perdida. La Ley III fue promulgada en 1348 y reguló la *datio in solutum necessaria* de manera excepcional, tanto para prestaciones de *dare* (obligación de dar) como de *facere* (obligación de hacer). Como dice la norma “*si acaeciese que el deudor non pudiese pagar aquella cosa que promettería, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador*”²⁴.

La Sexta Partida (6, 9, 38) ya prevé que el heredero gravado con un legado de bienes en propiedad de un tercero, le pagase al legatario (con autorización del juez) una suma equivalente al valor estimado de los bienes, en el caso de que la compra sea gravosa, o que el tercero rehusase a vender los bienes.

Las Siete Partidas representa el apogeo de la recepción del derecho común de base romano-canónica en España. GREGORIO LÓPEZ²⁵ habla de la presencia de la dación en pago en Las Partidas e insiste que se basan en la Novela 4,3 de Justiniano y hace hincapié en el hecho de que es el arbitrio judicial el que ha de determinar la sustitución de la prestación en atención al perjuicio que pudiera sufrir el deudor, siendo irrenunciable para el acreedor.

EVOLUCION POSTERIOR EN LAS CODIFICACIONES EUROPEAS

En los siglos posteriores, la figura de la *datio in solutum* se generalizó tanto en su variante voluntaria como en la necesaria. A esta segunda los glosadores y

²⁴ VERF, O.; “Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio”. Real Academia de la Historia,1807

²⁵ LÓPEZ TOVAR,G., “Las Siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono”, glosadas por Gregorio López, Madrid 1789

comentaristas de los siglos XII al XVI le dedicaron una atención especial por considerarla una figura original y de gran importancia económica-social. Se produjo, como dice BLANCH NOUGUÉS²⁶, una teorización de la figura, generalizando la idea de darle a todo deudor el “*beneficium dationis in solutum*”

El generalizado uso de la dación en pago en los ordenamientos jurídicos medievales fue justificado por numerosos juristas, especialmente en los siglos XVII y XVIII²⁷. Ellos vieron en dicha figura una forma de satisfacción impuesta al acreedor, que constituyó una excepción del *ius commune* y que tenía como objetivo favorecer a los deudores. Podemos, por tanto, concluir que la dación en pago, según las fuentes medievales, tuvo lugar dentro de un contexto caracterizado por la falta de definición del contenido de la satisfacción. Este *beneficium datio in solutum* fue una conquista de los juristas del medievo, ya que presentaba características propias respecto de la figura descrita en las Novelas de Justiniano. Este *beneficium* fue un instrumento dirigido a la indemnización de los acreedores, cuyo objeto no se limitó de manera exclusiva a los bienes inmuebles, y que tuvo lugar aún fuera del procedimiento judicial. Además su empleo en numerosos ordenamientos tuvo carácter permanente y no fue restringido solo para los casos de incumplimiento de las obligaciones dinerarias surgidas en los contratos.

Los códigos precedentes a la codificación francesa apuntan ya un cambio o giro en la normativa de la dación en pago. En el Código Maximiliano (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) de 1751 aparece como una norma obligatoria que el acreedor no puede ser obligado a aceptar el cumplimiento con un bien diverso al que se hubiera convenido. Es importante citar que algunos códigos de esta época, como el **Código de Alemania de 1781** (Allgemeine Gerichtsordnung) o el **Código de Italia de 1852** (Codice di procedure civile per gli Stati estensi) desplazan la figura de la *datio in solutum necessaria* al ámbito del proceso civil, pues solo se aplicaría si al último remedio del procedimiento de ejecución, las pujas quedaran desiertas.

²⁶ 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”. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº21, 2010

²⁷ SACCOCCIO, A; “La datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico”. Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina nº 14, 2002

El cambio definitivo en la normativa se producirá con el **Código Napoleónico**. La figura de la dación necesaria es interpretada por DOMAT²⁸ y por POTHIER²⁹, concluyendo que el *beneficium dationis in solutum* no tenía cabida en el Derecho Francés, aún cuando dicha institución se hubiera aplicado en algunas regiones de Francia. En el **Código Civil Francés de 1804** se dispuso en el artículo 1.243 que el acreedor no puede ser forzado a recibir otra cosa distinta de aquella que le es debida, aunque el valor de la cosa sea igual e incluso mayor (*le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit égale ou même plus grande*); se entiende la exclusión de la *datio in solutum necessaria* del régimen jurídico general y la admisión implícita de la *datio in solutum voluntaria*. La razón de esta afirmación se encuentra en que dicha institución resultaba contraria a los postulados del libre comercio, porque imponía un *aliud pro alio* al acreedor, por eso, no es de extrañar que aunque fue recogido por algún código anterior a Napoleón (como sucede en el **Código Civil de Baviera**), la *datio* no encontrase buena acogida en la generalidad de los códigos civiles europeos del siglo XIX, los cuales estaban inspirados por principios jurídicos resultantes del nuevo orden de ideas que nacen de la Ilustración y de la Revolución Francesa.

A partir de aquí, los códigos civiles europeos siguieron ese planteamiento de forma general y excluyeron de sus regulaciones a la dación en pago necesaria. Según SACCOCCIO³⁰, tanto el **Código Civil Suizo**, como los italianos seguirán esta corriente. Pero la excepción a esta corriente general la tenemos en el **Código Civil Austríaco de 1811** que reconocerá en su artículo 1.414 la posibilidad de que el deudor pueda liberarse entregando un “*aliud pro alio*” si no puede realizar el pago. También se aprobaría aunque no lo consienta el acreedor.

La dación en pago evolucionará en doble sentido. Por un lado, se recogerá en las codificaciones civiles a través de la facultad “*ex lege*”: entregando el “*id quod interest*”, según el criterio judicial y con independencia de que sí lo quiera el acreedor y por otro lado, la *datio in solutum necessaria* (según se plantearon en el Derecho Justiniano) se incorporará a la regulación civil como un mecanismo aplicable en los

²⁸ DOMAT; “Las leyes civiles en su orden natural”, Barcelona 1844

²⁹ POTHIER, “Tratado de las obligaciones”, I, Barcelona, 1834

³⁰ SACCOCCIO, A; “Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare”, Guiffré, Milano, 2008

procedimientos ejecutivos civiles que obligará a los acreedores a recibir los bienes cuando las subastas queden desiertas y sin que puedan rehusarlos.

Un buen ejemplo aparece en el **Código de procedimiento civil francés de 1806** que en la ejecución de las garantías obligaba al acreedor a proponer una oferta de adquisición del bien ejecutado, quedando obligado a adjudicárselo por ese importe en caso de que la subasta quedara desierta³¹. El Código francés desterró la institución de la dación en pago necesaria.

CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

Debemos tener en cuenta que los autores españoles civilistas de esta época (siglos XVI al XVIII) anterior a la codificación, entre los que destacamos a Alfonso de Guzmán, Juan Gutiérrez o Francisco Salgado de Somoza coincidieron en señalar que la aplicación del *beneficium dationis in solutum* tenía que tener unas características determinadas. Estos condicionamientos que limitaban este beneficio del deudor son los siguientes: a) que el deudor no poseyera dinero líquido; b) que no encontrara comprador para sus propios bienes; c) que el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; d) que el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción del resto³².

La Codificación Española, no escapará a esta influencia. GARCIA GOYENA³³ en el Proyecto del Código Civil de 1852, asumirá los planteamientos del Código de Napoleón, proponiendo en el artículo 1.089 que “*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*”. Pero admite la existencia de algunas excepciones tomadas del Derecho Romano y de la Novela 4,3 de Justiniano. Es significativa la frase “*la dación en pago necesaria se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla*”³⁴.

³¹ SACCOCCIO,A:”La datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico”.Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, nº 14,2002

³² POLACCO,V; “Dazione en pagamento”, Padova1888, 68 y ss

³³ GARCIA GOYENA,F;” Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”,T.III, Madrid,1852.

³⁴ GARCIA GOYENA,F; “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, T.II, Madrid, 1852

Por lo que se refiere a Navarra, según afirmó GARCIA GOYENA, la institución de la dación en pago necesaria se mantuvo como parte integrante de nuestra tradición jurídica recibida del Derecho Romano.

Pero en nuestra codificación ya solo se recogerá el caso de la *Datio in solutum* voluntaria (exceptuando Navarra). Finalizando ya la evolución histórica que he realizado de la dación en pago, tengo que mencionar el anteproyecto del Código Civil, el cual en su artículo 1183 recoge la actual redacción del artículo 1166 que veremos a continuación. Este artículo 1183 se refiere a la dación en pago, no solo por la interpretación del texto, sino también por los precedentes históricos que dejan abierta la posibilidad de la dación en pago con consentimiento del acreedor³⁵

La dación en pago es una institución jurídica que no aparece regulada de manera directa en nuestro Código Civil. Podemos encontrar referencias a la dación en varios artículos del Código Civil como el artículo 99 (*En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero*), el artículo 1432 (*El crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor*), y el artículo 1521 (*El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*), en este último precepto se ve de manera clara la aparición del término “dación en pago”, algo que no sucede en los demás preceptos. Por tanto, nuestro código sigue al Código Civil de Napoleón.

Quiero destacar el **artículo 1166 de nuestro Código Civil** (*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*) en donde la doctrina de la dación en pago se asemeja mucho más a la tradición histórica. Es el precepto seguido

³⁵ SERRANO CHAMORRO, M.E.; “Entrega de cosa distinta a la pactada”. Aranzadi, 2006

mayoritariamente tanto por la doctrina cómo por la jurisprudencia española. En este artículo 1166 se puede apreciar cómo se recoge el carácter de identidad de la prestación debida, aparece la posibilidad de que si el acreedor acepta, el deudor pueda entregar una cosa distinta a la originalmente pactada con el fin de extinguir la obligación. Siendo este precepto suficiente para dar cabida en nuestro ordenamiento a la dación en pago voluntaria.

La dación en pago constituye uno de los modos de extinción de las obligaciones que no aparecen recogidos en el artículo 1156 del Código Civil, aun cuando debiese ser recogido pues se pondría fin a muchas de las cuestiones controvertidas que la dación en pago plantea. Dada la ausencia de regulación jurídica en nuestra normativa legal poco se aclara en cuanto a la naturaleza y al régimen jurídico de la dación en pago.

La Dación en Pago necesaria en Navarra: La Ley 493 de Fuero Nuevo de Navarra

Dispone la Ley 493 párr. 2º, in fine, que: “*Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*”. Vemos que esta Ley tiene un carácter excepcional y sólo es posible cuando se cumplan los requisitos reseñados: el legislador navarro limita la aplicación de la medida a deudas de dinero. Por tanto, la obligación a extinguir ha de consistir en una prestación de cantidad de dinero. No parece que pueda sustituirse por otro tipo de prestaciones, a pesar de lo que indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE³⁶, quien reseña que la alusión al objeto que la citada ley 493 hace a la prestación, es lo que permite entender que sean objeto de *datio* las prestaciones de hacer o de no hacer. Según EGUSQUIZA BALMASEDA³⁷ los objetos que pueden ser susceptibles de la *datio* en el Fuero Nuevo de Navarra son cualquier bien mueble o inmueble si tiene una entidad económica satisfactoria y equivalente a la prestación de cantidad conforme al arbitrio judicial. Será el Juez quien decidirá ponderando la equivalencia económica del objeto con la prestación de la cantidad adeudada.

³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C;” El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro”, Revista Jurídica de Navarra, nº 27,1996

³⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A:”Ley 493, Comentarios al Fuero Nuevo.dir. Enrique Rubio Torrano, Editorial Aranzadi,2002

Esta dación en pago necesaria, prevista en la Ley 493 del FN ha sido prácticamente desconocida por los Tribunales. No ha sido fácil aplicar una institución que fue desterrada por la codificación francesa y, por ende, por el Código Civil Español.

SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL: LA DACION EN PAGO EN LOS TIEMPOS ACTUALES

La burbuja inmobiliaria:

El hecho de no poder pagar lleva a la ejecución de las garantías hipotecarias sobre los inmuebles gravados, dejando a los propietarios sin sus casas y con grandes deudas con las entidades financieras. Estas deudas que sobreviven a la ejecución son las que intentan cancelar por medio de la dación en pago. Las citadas deudas representan la diferencia entre la cuantía por la que se subastó el piso y el remanente impagado del préstamo. En una economía anterior a la crisis no hubiese existido esta diferencia, ya que al aumentar el valor de los pisos en la subasta se hubiese obtenido lo suficiente para cancelar la deuda bancaria. Hoy en día no es así, las subastas quedan desiertas adjudicándose el acreedor el inmueble por el 60% de su valor como modificó el RD 8/2011 de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gastos públicos y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial siendo anteriormente tan solo el 50% según el artículo 671 de la LEC 1/2000. Al estar las viviendas tasadas muy por encima de su valor real, lo obtenido no cubre la totalidad del préstamo, obligando a los prestatarios a satisfacer la diferencia aún habiendo perdido la casa, una situación que se intenta subsanar mediante la dación en pago. La razón no está tanto en el sistema hipotecario, sino más bien en el efecto de la denominada burbuja inmobiliaria.

Si hay un inicio de esta burbuja inmobiliaria, este estaría en la Ley 6/1998 de 13 de Abril, sobre régimen del suelo y valoraciones que estuvo vigente hasta el 1 de Julio de 2007. Esta ley buscaba por medio del aumento de la oferta rebajar el precio del suelo, algo que, como todos sabemos, no consiguió. No sería justo culpar de los acontecimientos posteriores a esta ley pero la quiero citar como el principio del

problema porque los bancos comenzaron a conceder un mayor número de préstamos hipotecarios a las personas que querían adquirir una vivienda o a los inversores de valores inmobiliarios.

Sistema Hipotecario Español: regulación básica y su proceso ejecutivo.

El mercado hipotecario español tiene suficientes garantías para ser muy fiable, esto es debido a la concurrencia de notario y registrador de la propiedad en el proceso de constitución de la hipoteca. Pero creo que se hace necesario, por parte del Derecho, buscar soluciones tanto para los deudores como para los acreedores. Se reclama por parte de la Sociedad actual el poder aplicar la dación en pago en nuestro sistema hipotecario de manera generalizada.

El sistema hipotecario español tiene su regulación fraccionada por varias leyes, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y la Ley hipotecaria. Dentro de estas leyes se encuentra la institución de la Dación en Pago. Los artículos que obligan al deudor hipotecario con todos sus bienes son el 105 LH, 579 LEC y 1911 CC.

El primero nos remite al artículo 1911 CC artículo en el que se recoge la responsabilidad patrimonial universal. Se puede ver como la constitución de una hipoteca sobre un bien no altera el carácter personal del préstamo que se haya concedido, sino que tan sólo grava el bien sobre el que se constituye. Se estaría refiriendo a un derecho real, frente a la obligación personal del préstamo.

En la misma línea se presenta el artículo 579 LEC. Es bastante descriptivo y refuerza la idea de la responsabilidad ilimitada.

Por otro lado, está el artículo 140 LH en el que ven muchos autores la posibilidad de aplicar la dación en pago y liberarse de la deuda personal.

La ejecución hipotecaria viene recogida en nuestra LEC. Este procedimiento ha quedado modificado en algunos puntos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y el alquiler social. La ejecución, que hasta la Ley 1/2013, que regía nuestro ordenamiento

tiene un procedimiento especial para casos de ejecución hipotecaria, y otro para ejecuciones dinerarias en general.

El proceso hipotecario comienza recogiendo en su artículo 682.2 la exigencia de que en la escritura se recoja el precio en que fue tasado el inmueble en el momento de la constitución de la hipoteca, además del que sirve de tipo en la subasta, un valor distinto al real de mercado, como aclara la Audiencia Nacional en la Sentencia de 14 de Junio de 2002 (JT 2003/342) *“no puede equiparse el valor de tasación a efectos de determinación del límite máximo de un crédito hipotecario con el valor de mercado”*.

Este primer precepto es fuente de muchos problemas hoy en día, porque los inmuebles fueron tasados por encima de su valor real de mercado con el fin de dar más créditos por una hipoteca, ya que los préstamos solían ser del 80% sobre el valor de tasación. Esto hace que en la consiguiente subasta el precio real de mercado no se ajuste con el de la subasta, haciendo que estas acaben en su gran mayoría desiertas o adjudicándose a la entidad de crédito por valores muy inferiores al precio de tasación y provocando que subsista parte de la deuda.

Otra cuestión importante en la ejecución hipotecaria es la dificultad de oposición a la misma, por los motivos tasados del artículo 695 LEC, ya que solo se permite si se ha extinguido la garantía o la obligación garantizada, y en caso de error en la cantidad exigible. Los demás casos por los que la ejecución podría no llegar a darse, como la nulidad de la constitución de la hipoteca, o la existencia de cláusulas abusivas, solo puede sustanciarse a través de un procedimiento ordinario posterior a la ejecución. La reforma recoge la recomendación del TJUE de cambiar este precepto, por las razones contenidas en el análisis de la sentencia.

Finaliza el procedimiento con la subasta del bien. Sigue el procedimiento marcado en los artículos 655 a 675 de la LEC en caso de bienes inmuebles. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de Julio, según su artículo 10, permite al acreedor adjudicarse un 60% del valor con el que se subasta pero la medida es insuficiente actualmente ya que se ha aumentado con la nueva reforma al 70% en caso de vivienda habitual. Este porcentaje se reduce al 60% en caso que la deuda sea inferior al 70% del valor del inmueble.

Con todos estos elementos, nos preguntamos si es posible la aplicación de la dación en pago dentro de nuestro sistema hipotecario y si la principal función de la dación es la extinción de la obligación adeudada como hemos visto a lo largo de este trabajo. Por lo tanto, si hay acuerdo de partes, no habría nada que impidiera, desde el punto de vista jurídico, la aplicación de la dación, como alternativa a la ejecución hipotecaria. Otra cosa, son las iniciativas que los colectivos sociales demanden.

INICIATIVAS SOBRE LA DACION EN PAGO

La figura de la Dación en Pago es usada como término que se emplea de manera indiscriminada, para cualquier hecho que conlleve la entrega de la vivienda habitual con extinción de la deuda restante. Surgen en las iniciativas presentadas en el Congreso la idea de una dación forzosa, de una obligación facultativa y de una cesión de bienes con efecto *pro soluto*, pero en ningún momento una dación en pago como la admitida en nuestro ordenamiento. Por eso, se demanda algo distinto a la dación en pago actual, aunque se insista en ese término, porque una figura es lo que es y no lo que se quiere que sea, y nuestro ordenamiento no permite el uso de la dación en pago con carácter forzoso, ni la posibilidad de imponerla *ab initio*, ni se corresponde con una cesión de bienes. La única opción de empleo de la dación en pago es de común acuerdo entre deudor y acreedor una vez se produzca el incumplimiento, más allá de eso estamos ante otras figuras.

Ha habido algunas iniciativas legislativas populares como la presentada en el Congreso con un total de 1.402.854 firmas, que proponía modificar el artículo 693 LEC para aplicar la dación en pago de esta forma: “*Si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada*”. Este artículo, habla de **una dación forzosa**. La dación forzosa se dio, como hemos visto en este trabajo, durante la época Romana clásica y durante la época de Justiniano, de modo que no es una figura nueva. Pero en nuestro ordenamiento no aparece en ningún caso la posibilidad de la dación forzosa.

Si, por ejemplo, en un préstamo hipotecario estuviese una cláusula que por imperativo legal se tuviera que entregar la vivienda hipotecada en caso de incumplimiento **no sería una dación**, pero en cambio si no contiene dicha cláusula, pero se deja la opción al Juez, una vez que se produzca el incumplimiento, de que pueda valorar la situación y obligar al acreedor a aceptar el inmueble, se estaría ante una **dación forzosa**, porque solo ha existido una opción para el incumplimiento de la obligación. Pero una vez que se incumple se puede imponer otra desde fuera que antes no existía. Por eso, creo que se puede dar la dación forzosa pero solo cuando sea impuesta por el Juez atendiendo a motivos que pueda contener la Ley, como situaciones de necesidad, pero nunca de manera generalizada para todos los casos por imperativo legal.

Además la dación en pago forzosa sería realmente una intromisión del derecho público dentro del ámbito civil, ya que los acreedores no llevarían a cabo estos contratos en los que se aplicase la dación forzosa porque tendrían mucho que perder.

Hay otras proposiciones que se han presentado en el Congreso intentando introducir la dación en pago en las ejecuciones, iniciativas como la presentada el 13 de noviembre de 2012 por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida. Esta proposición, recoge una idea que ya se contiene en nuestro ordenamiento, y que es la de aplicar un procedimiento basado en el concurso de acreedores a las personas físicas, introduciendo la dación en pago dentro del mismo. Pero en esta proposición vuelve a quedar a la vista la confusión de la figura de la dación en pago con otras figuras como la cesión de bienes con efecto *pro soluto*. La proposición, cuenta con dos posibles vías, la primera consiste en la aplicación de un procedimiento de liquidación ordenada de deudas, que incluye todas las deudas que tenga la persona en cuestión, mientras que la segunda solo se aplica en caso de ejecución hipotecaria.

Tenemos que recordar que nuestra Ley Concursal, en su artículo 1, admite la posibilidad de que una persona física se declare en concurso de acreedores y, por consiguiente, se le apliquen los demás preceptos de la Ley Concursal. Pero existe un inconveniente, y es que, pese a estar recogida esta posibilidad en nuestro ordenamiento,

no está muy desarrollada y se aplica en pocos casos. La figura³⁸ del “fresh start”(volver a empezar) aplicada en los EE.UU o Inglaterra consiste en la liberación del pasivo restante una vez ejecutados los bienes embargables respecto de la persona física, una cesión de bienes con efecto *pro soluto*. Como vemos, esta figura no se ajusta a la dación en pago pero persigue el mismo fin. Actualmente, hay quienes reclaman un modelo más americano y el motivo no es otro que poder aplicar la dación en pago de manera más generalizada. El “fresh start” contiene una serie de bienes inembargables como es la vivienda habitual en estados como Florida, Kansas o Texas, mientras que en otros hay una inembargabilidad parcial, teniendo el ejecutante que devolver una cantidad de lo obtenido con el bien ejecutado.

Entre los argumentos en contra de la aplicación de la dación en pago, podemos citar algunos como el perjuicio para el deudor. La dación es algo negativo para el deudor, ya que pierde su casa, pero también puede ser más negativa en los casos en que la deuda sea menor que el valor de la vivienda.

A favor, podemos comentar la modificación del contrato hipotecario aplicando la cláusula “*Rebus sic stantibus*”. Esta cláusula³⁹ se aplica en los contratos de tracto sucesivo en los que se produce un cambio en las circunstancias, que hacen que el contrato se vuelva muy gravoso para una de las partes, beneficiando en exceso a la otra. Con esta cláusula, se pretende dar cabida a la dación en pago, pero está pensada más bien para la aplicación en contratos profesionales. Lo que se argumenta es la modificación del contrato para dar cabida a la dación en pago.

El razonamiento es que tenemos que tener en cuenta que cuando se contrataron dichos préstamos, la situación era de bonanza económica, no existiendo problemas de paro, y siendo el valor de las viviendas hipotecadas mucho mayor del que es en estos momentos. Por eso, se debería aplicar esta cláusula con el fin de que el perjuicio sufrido en tal situación, sea soportado por ambas partes y no por la parte más débil.

³⁸ CUENA CASAS; “Fresh start y mercado inmobiliario”. En INDRET revista para el análisis de Derecho. Barcelona, 2011, pág. 23

³⁹ En palabras de Tribunal Supremo:” la cláusula *rebus sic stantibus*, que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenida que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones...”STS 14 de diciembre de 1940 y de 11 de junio de 1951

Como dice BAÓN ROMASANTA⁴⁰, para la aplicación de esta cláusula se deben dar algunos elementos necesarios, como que el contrato sea de tracto sucesivo, sinalagmático y además que tenga las siguientes condiciones: alteración extraordinaria de las circunstancias, desproporción excesiva en las prestaciones, que la alteración fuese imprevisible y carencia de otro medio de reequilibrio.

El Tribunal Supremo ha sido muy reticente con esta cláusula. La jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad de extinguir la deuda con la entrega del bien, pero como vemos, sus argumentos no llegan a encajar en el ordenamiento jurídico español. No podemos introducir la Dación en Pago con esta cláusula porque su aplicación sería muy limitada.

Si la Dación en Pago tuviera que estar como norma generalizada tendrá que ser creando una nueva normativa para ello. Se debería hacer un esfuerzo legislativo para adaptar la figura de la dación en pago entendiéndola como cancelación de la deuda. Los inconvenientes para la aplicación de la dación en pago son mayormente de tipo económico, tenemos que pensar que los acreedores son importantes entidades con muchos más medios que los deudores, que pierden su propia vivienda. Por tanto, el problema no es si se debería aplicar la dación en pago, sino si el beneficio de una empresa privada esta sobre el bienestar general de la población.

El 12 de febrero de 2013, el Congreso aprueba por unanimidad admitir a trámite la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) que pide la dación en pago con carácter retroactivo para los lanzamientos hipotecarios de vivienda habitual. Sin embargo, la mayoría de partidos presentaron enmiendas a dicha ILP y el PP unificó la tramitación con la propuesta del Gobierno para una reforma de la Ley Hipotecaria. El PP rechaza la dación en pago y la paralización de los desahucios, al contrario que el PSOE que defiende la aplicación retroactiva de la Dación en pago. Actualmente, la Plataforma mantiene una campaña de escraches o acciones directas contra diputados que se oponen a aprobar la dación en Pago.

⁴⁰ BAÓN ROMASANTA, C; “La cláusula rebus sic stantibus y su aplicación en el panorama actual, Ramón y Cajal abogados, abril-junio 2012

CONCLUSIONES

1.- La jurisprudencia romana clásica relativa a la *datio in solutum* voluntaria enmarcó sistemáticamente la *datio in solutum* entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a la satisfacción del acreedor. Los Juristas Romanos incluyeron sistemáticamente la *datio in solutum* dentro de las formas de extinción de las obligaciones, pero no se plantean articular el convenio entre deudor y acreedor que es el núcleo central, en torno al cual gira la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

Buscamos un origen para la dación en pago y lo encontraremos en Roma en torno al siglo I a.C. Hemos visto como triunfa la idea de los Sabinianos, que defendían la tesis de que la obligación que daba lugar a la *datio in solutum* se extinguía *ipso iure* y que por ninguna causa volvía a tener existencia.

Vimos cómo surge ocasionalmente la figura estudiada bajo César, pero que se desarrolló con Justiniano. Ya no era la voluntad del acreedor sino que era la ley la que lo estipulaba. César permitió lo que hoy en día sería una regulación del concurso de acreedores, ya que admitía que los deudores abonasen las deudas pecuniarias con otro tipo distinto de bienes. Se puede concluir que no existe en las fuentes romanas una expresión de identificación exacta del término de la Dación en Pago.

Justiniano acepta la teoría sabiniana pero la dación en pago tomará un carácter más social porque concedió la posibilidad de dación forzosa. El punto crucial de la dación en pago será esta época de Justiniano, porque se asentarán las bases normativas de la *datio in solutum necessaria* y el *beneficium dationis in solutum*. Hemos visto cómo será un mecanismo que va a posibilitar la liberación del deudor sin consentimiento del acreedor, por lo que a este no le quedará más remedio que aceptar un *aliud pro alio*. La idea la hemos visto en el desarrollo y estudio de las Novelas. Podemos concluir, que la *datio in solutum* con Justiniano viene a solucionar el problema del incumplimiento de obligaciones de naturaleza pecuniaria, causado por otro problema económico de reducción de dinero circulante.

2.- Pero la conquista de la *datio in solutum necessaria* llega con los juristas del medievo. En esta época, fue un instrumento dirigido a la indemnización de los acreedores, cuyo objeto no se limitaba solo a los bienes inmuebles sino que, además, se escapaba fuera del procedimiento judicial. Tenemos que tener en cuenta que su empleo en numerosos ordenamientos tuvo carácter permanente y no fue restringido tan solo al caso del incumplimiento de las obligaciones dinerarias surgidas de los contratos de mutuo. La desaparición de la moneda romana, va a propiciar la aceptación de la dación en pago por parte de los numerosos acreedores. En el Fuero Real tampoco hay una clara referencia a la dación en pago.

Pero las Sietes Partidas representarán el apogeo de la recepción del derecho común de base romano-canónico en España. Los Juristas vieron en dicha figura una forma de satisfacción impuesta al acreedor, que constituyó una excepción del *ius commune* y que tenía como objetivo favorecer a los deudores. Podemos, por tanto, concluir que la dación en pago, según las fuentes medievales, tuvo lugar dentro de un contexto caracterizado por la falta de definición del contenido de la satisfacción.

3.- Durante los Siglos XVII-XVIII, la dación en pago evolucionará en doble sentido. Por un lado, se recogerá en las codificaciones civiles a través de la facultad “*ex lege*”: entregando el “*id quod interest*”, según el criterio judicial y con independencia de que lo quiera el acreedor y, por otro lado, la *datio in solutum necessaria* (según se plantearon en el Derecho Justiniano) se incorporará a la regulación civil como un mecanismo aplicable en los procedimientos ejecutivos civiles, que obligará a los acreedores a recibir los bienes cuando las subastas queden desiertas y sin que puedan rehusarlos.

4.- En los siglos posteriores, la figura de la *datio in solutum* se generalizó tanto en su variante voluntaria como en la necesaria. Los códigos precedentes a la codificación francesa apuntan ya un cambio o giro en la normativa de la dación en pago.

La Dación en pago no tendrá cabida en el Derecho Francés y por tanto, esto influirá en nuestra Codificación española, puesto que en nuestra codificación no se recogerán el caso de la *Datio in solutum* voluntaria (exceptuando Navarra).

5.- En un contexto económico, como el actual, resulta inevitable una gran cantidad de ejecuciones hipotecarias. Por lo tanto, entra en juego la facultad del acreedor de ejercitar las acciones necesarias para satisfacer su crédito. Cuando el bien que se subasta es la vivienda del deudor, el problema toma un matiz de calado social.

En esta situación de crisis actual, el debate social y jurídico se encuentran dividido: unos proponen la dación en pago como una solución justa o equitativa para aliviar a los deudores hipotecarios y otros no lo aceptan por los efectos que causarían en la economía. En mi opinión, lo conveniente sería una posición intermedia admitiendo la aplicación de la dación en pago en los contratos futuros, una vez hechas las oportunas reformas legales. No podemos olvidar que las familias pierden su vivienda y deben seguir abonando una cantidad que se incrementa con el tiempo y este hecho se produce por la falta de cobertura de la deuda y, además, porque la entidad bancaria se apropia del inmueble y lo hace por un valor diferente respecto al que inicialmente se aceptó.

Aunque todavía está en curso el debate parlamentario sobre la dación en pago, se ha descartado la dación en pago con carácter retroactivo y deben ser los tribunales los que valoren su aplicación en cada caso particular, siempre que se demuestren, entre otras cosas, la buena fe del deudor o el desconocimiento de ciertos conceptos financieros que hay en los préstamos hipotecarios firmados.

Actualmente, solo se ha realizado una recomendación a la Banca para que se acepte la dación en pago en algunas ejecuciones hipotecarias, es el famoso “Código de Buenas Prácticas” que tiene carácter voluntario. Tendremos que esperar los resultados para poder analizar la situación.

6.- Hemos hecho un recorrido, a lo largo de la historia, de la figura de la dación en pago y, en mi opinión, las razones para no imponer esta figura en nuestro ordenamiento son de carácter económico, y pienso que se debería legislar para dar cabida a la dación en pago. Se deben de buscar soluciones para proteger el derecho que tienen tanto los deudores hipotecarios, como los acreedores, ante una situación que está mostrando la necesidad de una nueva legislación para afrontar este problema. El derecho debe de estar ligado a la realidad social. En este siglo XXI, hay una lucha muy importante que es la defensa real de un equilibrio entre las partes del contrato, frente al

cada vez mayor poderío de las empresas, la complejidad de la contratación y el mayor acceso a la información. Por eso, el Tribunal Europeo dice que se necesita de un comportamiento más activo por parte de los órganos judiciales y que el poder judicial debe proteger y defender los derechos del individuo.

Esta defensa no es solo una preocupación de la Unión Europea, sino mundial, y se tiene que reflejar en todos los niveles de poder (legislativo, ejecutivo y judicial). No deberíamos dejar que la globalización económica sea un impedimento para conseguirlo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO GONZÁLEZ, D, *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Edersa, Madrid, 1999.

- ARCOS VIEIRA, M. L., *Ley 530, Comentario al Fuero Nuevo*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2002.
- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, vol.I*, Ed. Bosch, 1989.
- BELINCHÓN ROMO, M., *La Dación en pago en el Derecho Español y Derecho Comparado*, Dykinson, Madrid, 2012.
- BRÉHIER, *Vida y Muerte en Bizancio*, Ed. Uteha, 1956.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XVI Volumen I, Edersa, 1980.
- BAÓN ROMASANTA, C, *La cláusula rebus sic stantibus y su aplicación en el panorama actual*, Ramón y Cajal abogados, abril-junio, 2012.
- BAS Y RIVAS, *La dación, adjudicación y cesión de bienes en función del pago de deudas*, en RCDI, 1945.
- BLANCH NOUGUÉS, JM, *Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº 21,2011.
- BLANCH NOUGÉS, J.M., *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y eficacia de la dación en pago*, en Revista General de Derecho Romano, Iustel, Madrid, 2009
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, R, *El Cumplimiento de las obligaciones*, RDP, Madrid, 1956.
- BONINI, R *La c.d. datio in solutum necessaria*, Patron Editore, Bologna, 1975.
- BUENDÍA PÉREZ, F. *La extinción de la obligación*, en Stuchia et Documentae Iuris, Roma, 1987.
- CERAMI E PETRUCCI, *Diritto commerciales romano*, Ed. Torino, 2008.
- CUENA CASAS, M, *Fresh start y mercado inmobiliario en INDRET* Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2011.
- CARUSI E, *Diritto e Filologia*, Bologna, Capeli, 1925.
- DE JESUS LEDESMA, J. *La dación en pago. Del derecho romano al actual en Jurídica-Anuario*, 1978.
- DOMAT, J, *Las leyes civiles en su orden natural*, T.II, 2ª Ed., Barcelona, 1844
- D'ORS PÉREZ-PEIX, A, *Derecho privado romano*, 10ª Ed., Eunsa, Pamplona, 2004.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., *Ley 493, Comentario al Fuero Nuevo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

EGUSQUIZA BALMADEDA, M.A., *Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo* en Revista Jurídica de Navarra. Enero-Junio, nº 51. 2011

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2012

GARCÍA GOYENA, F, *Concordancia, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. III, Madrid, 1852.

GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, E, *Derecho de las Obligaciones*, Mexico, 1965.

HEREDIA Y CASTAÑO, B, *El incumplimiento de las obligaciones*, en Revista Derecho Privado, 1956.

KRETSCHMAR, P, *Die Erfüllung*, 1906.

LÓPEZ TOVAR, G, *Las Siete Partidas del Rey Don Alonso el Nono*, Madrid, 1789.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Consideraciones sobre la dación en pago*, RCDI, 1987.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro* en Revista Jurídica de Navarra, nº 27,1999.

PERLINGEIRI, *Comentario del Codice Civile: Dei Modo di estinzione delle obbligación diversi dell'adempimento*, Bologna, 1975.

POLACCO, V., *Dazione en pagamento*, Padova, 1888.

POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones, I*, Barcelona, 1834.

RODRIGUEZ ARIAS, B, *Derecho de obligaciones* en Revista Derecho Privado, Madrid, 1965.

ROSSI, G, *Il Fallimento nel Diritto Americano*, Padova, 1056

SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

SACOCCIO, A., *Aliud pro alio consentient creditore in solutum dare*, Giuffré, Milano, 2008.

SACOCCIO, A., *La datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico, Roma e America. Diritto Romano Comune*. En Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, nº 14, 2002.

SERRANO CHAMORRO, M.E., *Entrega de la cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

SERRANO ALONSO, *Consideraciones sobre la Dación en Pago* en Revista Derecho Privado, 1978

STEINER, *Datio in solutum*, Munich, 1914.

SOLAZZI, S, *Estinzione dell'obbligazione*, Nápoles, 1950

VASILIEV, *Historia del Imperio Bizantino*, Ed. Iberia-Joaquín Gil, 1946.

VERF, O, *Las Siete Partidas del Rey Don Alonso el Sabio*, Real Academia de la Historia, 1807.

Fuentes

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

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

3.- **Ley 19/1992**, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria

4.- **Ley 6/1998**, de 13 de abril, sobre Régimen del suelo y valoraciones (Vigente hasta el 1 de Julio de 2007)

5.- **Ley 41/2007**, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria