

# Trabajo Fin de Grado

De la *datio in solutum* romana  
a la dación en pago actual

Autor

Luis Hernández Balada

Directora

Dra. D<sup>a</sup>. María Victoria Sesma Urzaiz.

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.  
Curso 2015/2016

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>I-INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	4
2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	4
3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	6
<b>II- LA <i>DATIO IN SOLUTUM</i> EN EL DERECHO ROMANO.....</b>	<b>6</b>
1- ORIGEN DE LA <i>DATIO IN SOLUTUM</i> .....	7
2- LA <i>DATIO IN SOLUTUM</i> EN EL DERECHO CLÁSICO Y POST-CLÁSICO..	9
3- EL DERECHO JUSTINIANO: LA <i>DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA</i> .....	12
<b>III- LA <i>DATIO IN SOLUTUM</i> EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA MEDIEVAL.....</b>	<b>16</b>
1- EN LA GLOSA Y COMENTARISTAS.....	17
2- EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL.....	18
2.1- Fuero Real.....	18
2.2- Las Partidas.....	18
<b>IV- LA DACIÓN EN PAGO EN EL PROCESO CODIFICADOR.....</b>	<b>19</b>
1- CODIFICACIÓN EUROPEA.....	19
2- CODIFICACIÓN ESPAÑOLA.....	20
2.1- Proyectos del Código Civil.....	21
2.2- Nuestro Código Civil de 1889.....	21
2.3- La Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra: La dación en pago necesaria...	23
<b>V- LA DACIÓN EN PAGO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ACTUAL...24</b>	<b>24</b>
1- LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIVILISTA.....	24
2- EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.....	26
3- LA DACIÓN EN PAGO Y EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS.....	27
3.1- Dación en pago y alquiler social.....	29
3.2- Supuesto de hecho.....	29
3.3- Imposibilidad de aplicar el CBP a otros supuestos distintos de aquellos para los que está previsto.....	32
<b>VI- CONCLUSIONES.....</b>	<b>34</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>37</b>

## ABREVIATURAS

a. = año.

a. C. = antes de Cristo.

art. = artículo.

C. = Código de Justiniano.

CBP = Código de Buenas Prácticas.

CC = Código Civil.

D. = Digesto de Justiniano.

d. C. = después de Cristo.

FN = Fuero Nuevo de Navarra.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

LH = Ley Hipotecaria.

Nov. = Novelas de Justiniano.

párr. = párrafo.

pr. = *principium*.

RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDC = Revista de Derecho Civil.

RD-ley = Real Decreto-ley.

RGDR = Revista General de Derecho Romano.

RIDROM = Revista Internacional de Derecho Romano.

RJUAM = Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.

s. = siglo.

## I- INTRODUCCIÓN

### 1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la evolución histórica de la dación en pago o *aliud pro alio* a lo largo de las diversas etapas del Derecho: Derecho romano y tradición jurídica romanista medieval, codificación y legislación actual. Nos proponemos trazar una panorámica general de una cuestión que abarca muchos siglos de evolución y cuya comprensión puede resultar interesante en la práctica legal actual.

Nos parece necesario advertir que, dada la amplitud y complejidad del tema tratado en este trabajo, nos vamos a centrar, fundamentalmente, en el estudio de las dos manifestaciones que históricamente, desde su origen, ha tenido esta figura: la dación en pago voluntaria y la llamada dación en pago necesaria, forzosa o legal. Por ello, vamos a hacer hincapié en que mientras la dación en pago voluntaria, que requiere el consentimiento del acreedor, se ha admitido a lo largo de todas las etapas; la llamada dación en pago necesaria solo se manifiesta en contextos socio-económicos de graves crisis que resultan muy desfavorables para el deudor, obligando la ley al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva ofrecida por el deudor, eso sí, siempre que se den los presupuestos exigidos legalmente y se cumpla el procedimiento previsto para el caso de que se trate.

No vamos a tratar, ya que excede del objeto de este trabajo, algunas cuestiones doctrinales que ya han sido abordadas en excelentes monografías y trabajos de investigación, como la de la naturaleza jurídica de la dación en pago y su diferenciación de otras figuras jurídicas próximas a ella, así como el complejo tratamiento jurisprudencial de la misma.

### 2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

A lo largo de los últimos cuatro años he tenido la suerte de poder acercarme a las distintas ramas del Derecho, he podido aprender sobre las regulaciones y

procedimientos que ofrece el estudio de esta carrera, interesándome, entre otras cosas, por la situación del deudor hipotecario, que al no ser capaz de hacer frente a los costes del crédito se ve abocado a la ejecución del mismo con el consecuente embargo. Resulta destacable que los casos de ejecuciones hipotecarias ante el impago del crédito concedido, concretamente, para la vivienda habitual, se vean incrementados en tiempos de crisis económicas lo cual, en mi opinión, exige por parte de los organismos públicos una mayor sensibilidad con un tema tan delicado como puede llegar a ser el enfrentarse a un procedimiento en el que puedes perder la casa, siendo este el momento en el que entra en juego la figura de la dación en pago, una figura de la que conviene conocer su origen y evolución para adaptarla de la manera más eficaz posible a la actualidad. Además, cabe hacer referencia a que la figura de la dación en pago no puede ser aplicada de forma genérica y automática en todos aquellos casos de ejecución hipotecaria, ya que esto supondría una tremenda inseguridad jurídica, yendo a su vez en contra de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídicas en nuestra sociedad.

Lo que sí es procedente es analizar caso por caso, individualizando las circunstancias y comportamiento del deudor, y debe ser la Ley la encargada de aportar los mecanismos necesarios para facilitar el acuerdo entre las partes, como puede ser una reestructuración de la deuda. No se trata de obligar al acreedor a renunciar a sus derechos sino de instarle, a través de mecanismos que no supongan la vulneración de la voluntad, a aceptar el cumplimiento por parte del deudor de la obligación mediante la entrega de cosa distinta a la inicialmente pactada.

Reflexionando sobre los motivos que han podido provocar situaciones tan incómodas entorno a las ejecuciones hipotecarias, causando un gran impacto en la sociedad, en lugar de echar la culpa sobre unos u otros, me he planteado que la solución última puede encontrarse en el Derecho romano, el cual ha influido enormemente en nuestro Derecho actual. Por ello, el motivo que justifica la realización de este trabajo es que en Roma ya se suscitaban estas mismas cuestiones y el Derecho romano supo afrontar el problema, implementando en el sistema jurídico una figura de gran relevancia como es la *datio in solutum*.

### 3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Se trata de un tema al que los manuales y obras elementales dedican poco espacio, pero que recientemente ha suscitado la preocupación y el interés de la doctrina y ha sido objeto de exhaustivo estudio, que se ha plasmado en excelentes monografías, obras colectivas y trabajos de investigación.

Dada la imposibilidad de abarcar toda la bibliografía existente sobre el tema, y teniendo en cuenta que se trata de un trabajo académico, hemos optado por la lectura y estudio de algunos trabajos imprescindibles, que nos han resultado más accesibles por tratarse de aportaciones de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Por lo que se refiere al Derecho romano, además de los excelentes trabajos de nuestra doctrina romanista, y aprovechando los conocimientos de italiano adquiridos durante mi estancia como Erasmus en Bolonia, he podido disfrutar con la lectura de algunas monografías de romanistas italianos sobre el tema.

Por último, hemos recogido todo este material en el trabajo que presentamos, intentando trazar una panorámica general del largo camino recorrido por esta figura jurídica desde la *datio in solutum* romana hasta la dación en pago actual, pero a un nivel más elemental y divulgativo, teniendo en cuenta su finalidad.

## II- LA *DATIO IN SOLUTUM* EN EL DERECHO ROMANO

La *solutio* es la forma normal de extinción de las obligaciones que consiste en el cumplimiento por el deudor de la prestación prometida al acreedor en los términos exactamente convenidos. Cuando esto no era posible por insolvencia del deudor, o por cualquier otra causa por la que éste no pudiese cumplir la obligación, se abrió paso en el Derecho romano a la posibilidad de que dicho deudor intentase, al menos, la *satisfactio* del acreedor ofreciéndole la entrega de otra prestación (*datio in solutum*), lo que había

de ser necesaria y discrecionalmente aceptado por este último. Se trata de la llamada *datio in solutum* voluntaria<sup>1</sup>.

Pero además, en el Derecho romano, se admitieron algunos supuestos que podríamos calificar como de *ius singulare* en los que, atendiendo a las circunstancias del caso, el legislador disponía una solución dejando a un lado la voluntad del acreedor y, por tanto, ajena al principio de libertad contractual y de pactos en torno al que se articula en el Derecho romano el régimen jurídico relativo a la extinción de las obligaciones. Se trata de la llamada *datio in solutum* necesaria. En ésta, el legislador atiende solo a la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor y, fundamentalmente en beneficio suyo, arbitra un procedimiento judicial en el que impone al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*; de este modo, la dación en pago necesaria viene a sustituir por ley a la ejecución de los bienes del deudor en la vía judicial ordinaria y de ahí su carácter singular en el propio Ordenamiento jurídico romano<sup>2</sup>.

## 1- ORIGEN DE LA *DATIO IN SOLUTUM*

Prescindiendo de antecedentes más remotos<sup>3</sup>, las fuentes literarias latinas hacen referencia a casos documentados de *datio in solutum* en la época de la República, siendo razonable pensar que este modo de extinción de las obligaciones sería un método normalizado y ampliamente utilizado por los romanos.

Según MELILLO<sup>4</sup>, uno de los grandes estudiosos de esta figura, el origen de la *datio in solutum* se sitúa en un ámbito fundamentalmente agrario, en el que en

---

<sup>1</sup> Sobre la *datio in solutum* voluntaria en el Derecho romano, es imprescindible el trabajo de BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano”, en *RGDR*, 13 (diciembre), Madrid, 2009, pp. 1-22.

<sup>2</sup> Para los casos de *datio in solutum necessaria* en el Derecho romano, es de obligada consulta el trabajo de BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *RJUAM*, nº 21, 2010-I, pp. 33-53.

<sup>3</sup> Sobre los precedentes del Derecho griego antiguo, *vid.* ROBLES VELASCO, L. M., “Figuras sustitutivas del pago del crédito, antecedentes y su consideración en el derecho actual: dación en pago”, *RIDROM*, octubre, 2014, 1-85.

<sup>4</sup> MELILLO, G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970. pp. 138 ss.: “D'altronde, il concentrarsi dei consumi su beni di produzione agricola e i ristretti ambiti di scambio lasciano pensare da un lato che non di rado le prestazioni obbligate avessero natura non

numerosas ocasiones los campesinos libres, ante la situación de insolvencia, se veían obligados a hacer frente al pago de deudas pecuniarias a través del cumplimiento en especie, fundamentalmente trigo, lo cual habría dado origen en la práctica jurídica a la configuración de la acción judicial denominada como *condictio triticaria* en el edicto del pretor.

También SACCOCCIO<sup>5</sup>, en su reciente monografía, reconoce que el *aliud pro alio* debió estar muy generalizado en la práctica jurídica en época de la República, como lo prueba Tito Livio (26,35,1-4), en donde se refiere a un préstamo solicitado a los ciudadanos romanos por el Senado en el 210 a.C., para sufragar los daños producidos por Aníbal en la segunda guerra púnica.

El préstamo debía devolverse en tres plazos, y sucedió que no hubo problemas respecto a los dos primeros, mientras que en el tercero surgieron dificultades financieras que determinaron la imposibilidad de hacer frente al pago del mismo (Tito Livio, 29,16,1-3). Fue entonces cuando el Senado, ante las protestas de grupos de ciudadanos que reclamaban la devolución de sus créditos, ofreció en pago la entrega de fincas situadas en las cercanías de Roma, lo cual fue gustosamente aceptado por dichos ciudadanos descontentos.

Pero además, la doctrina ha querido ver un antecedente histórico de la *datio in solutum* necesaria en ciertas medidas que adoptó Julio César en el año 49 a.C. para satisfacer a ciudadanos titulares de créditos que, a su vez, fueron partidarios suyos en la guerra contra Pompeyo, los cuales se encontraban en 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. Con estas medidas, se introduce el recurso de la cesión de bienes para que el deudor conservase su libertad y evitase caer en poder de su acreedor, siempre que la situación de insolvencia fuere fortuita o debida a una desgracia y no por mala fe. Se trata por tanto de un recurso que aparece en épocas de crisis bélica (las

---

pecuniaria, dall'altro che le prestazioni divenute difficultose venissero spesso compensate in natura piuttosto che in somme di danaro”.

<sup>5</sup> SACCOCCIO. A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 20 ss.: “Secondo lo stesso Livio, poiché i creditori no si davano per vinti, sarebbe intervenuto un nuovo decreto consolare, che satabili di accontentare quanti lo desiderassero con l’assegnazione in pagamento di alcuni terreni, situati nelle immediate vicinanze di Roma.”



guerras civiles, primero entre Mario y Sila, luego César y Pompeyo), pero con las consiguientes repercusiones en la economía y en el cumplimiento de las obligaciones. Como vemos se trata de una vía paralela a la ejecución, cuya finalidad radica en ahorrar costes cuando el deudor tiene bienes, en situaciones de crisis, lo que por desgracia nos resulta conocido<sup>6</sup>.

## 2- LA *DATIO IN SOLUTUM* EN EL DERECHO CLÁSICO Y POST-CLÁSICO

Además del origen y condiciones socio-económicas en que la figura se manifestaba, aparece el problema de la tipificación y encaje sistemático de la *datio in solutum* por la jurisprudencia romana como forma de extinción de las obligaciones. MELILLO<sup>7</sup> sostiene que dicha labor de ordenación no tuvo lugar hasta los primeros siglos del Principado, argumentando que la dación en pago aparecía como una práctica común entre las clases humildes de Roma pero no entre la *nobilitas* a la que pertenecía dicha jurisprudencia. Por otra parte, apunta que la disputa entre sabinianos y proculeyanos respecto al efecto extintivo de la *datio in solutum* se justificaría solo por la existencia de una praxis del todo nueva que había de ser sistematizada por la jurisprudencia clásica.

La jurisprudencia romana clásica enmarcó sistemáticamente la *datio in solutum* entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a una *satisfactio* del acreedor. Aunque, como pone de relieve BLANCH NOUGUÉS<sup>8</sup>, se da en las fuentes una confusión terminológica entre *solutio* y *satisfactio* respecto del cumplimiento de la obligación, lo cierto es, como señala SACCOCCIO<sup>9</sup>, que en la dialéctica entre *solvere* y

---

<sup>6</sup> Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, JURISMAT, Portimao, nº 5, 2014, p. 289; *vid.* también EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller coord., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 61.

<sup>7</sup> MELILLO, G., *In solutum dare...*, *cit.*, p. 144: “La diversità dei profili sotto i quali l’*in solutum dare*, attraverso la varietà dei *pacta* informali, si presentava, la stessa relativa lontananza del tema dagli interessi della giurisprudenza romana, riesce in qualche misura a spiegare come un problema certo non marginale della *obligatio* sia stato portato molto tardi a livello sistematico”.

<sup>8</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica...”, *cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> SACCOCCIO, A. (*Aliud pro alio...*, *cit.*, pp. 5 ss.) señala que en las fuentes no aparece la expresión “*datio in solutum*” sino otras como las de “*in solutum dare*”, “*in solutum suscipere*”, “*aliud pro alio (consentiente creditore)olvere*”, “*rem pro reolvere*”, “*pro eo quod debeo aliquidolvere*”, “*rem pro pecuniaolvere*”, “*pro soluto rem dare*”, “*pro debitoolvere (dare)*”, “*in solutum tradere*”, “*pro debito*

*satisfacere* es el primero el que se une al cumplimiento exacto y el segundo a aquél equivalente. En este sentido, añade que la expresión *datio in solutum*, utilizada para referirse a la extinción de la obligación por medio de la realización de una prestación equivalente por el deudor, que es aceptada por el acreedor, no aparece nunca en las fuentes romanas, sino que en ellas encontramos en realidad los términos *solutio* o *solvere* con el añadido de un calificativo que viene a matizar ese cumplimiento como indicando que, aunque la prestación sustitutiva extingue la obligación, ciertamente no constituye en sí el cumplimiento exacto de la prestación debida. El empleo de la expresión *datio in solutum* surge en realidad con posterioridad a las fuentes romanas siendo producto de la tradición jurídica romanista.

Cabe destacar, siguiendo a BLANCH NOUGUÉS<sup>10</sup>, que los juristas clásicos no se plantearon, al menos en toda su profundidad, el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago, debido también al carácter casuístico y poco dado a abstracciones jurídicas de la jurisprudencia romana. Tampoco se esforzaron -a diferencia de la generalidad de la doctrina civilista moderna- en ofrecer una conceptualización de la *datio in solutum* como convenio (consensual o real) entre el deudor y el acreedor, en virtud del cual el primero ofrece y el segundo acepta el cambio de la prestación objeto de la obligación por otra distinta. Los juristas clásicos entendieron la *datio in solutum* como una mera forma de extinción de las obligaciones, en la que se ha de tener en cuenta fundamentalmente el consentimiento del acreedor frente a la propuesta del deudor. Siendo así, la discusión jurisprudencial se centró, en una primera época, en torno a si la eficacia extintiva de la *datio in solutum* se daba *ipso iure* con la realización de la *datio*, o bien solo *ope exceptionis*, esto es, en vía procesal por obra del preto

Esto se desprende del siguiente texto de las Instituciones de Gayo, 3, 168:

“La obligación se extingue principalmente por el pago de lo que se debe. De ahí que se pregunte si el que pagó una cosa por otra con el consentimiento del acreedor queda liberado *ipso iure*, como se opina por nuestros maestros, o si sigue estando obligado *ipso iure*, pero debe defenderse contra el que le reclama

---

*accipere*”, “*vice pretii dare*”, “*pro pecunia dare*”, “*pro pecunia accipere*”, “*aliud reddere*”, “*aliud commutare*”, “*aliud pro alio permutare*”, “*in quantitatem debiti satisfacere*”.

<sup>10</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica...”, *cit.*, p. 6.

mediante la excepción de dolo malo, como les parece a los autores de la escuela contraria<sup>11</sup>.

Dado que el *ius civile* exigía el cumplimiento exacto del objeto de la obligación por parte del deudor para que la misma se tuviese por extinguida (*solutio*), la clave de este esclarecedor fragmento de Gayo está en el modo en el que los juristas clásicos abordan el obstáculo que viene dado por el *ius civile* para entender extinguida la *obligatio* por medio de un pago de *aliud pro alio*: los sabinianos aportaron una solución más avanzada desde el punto de vista económico-social, atendiendo a la voluntad del acreedor, en la que lo importante es que éste se dé por satisfecho con la prestación sustitutiva del deudor (*satisfactio*); mientras que los proculeyanos parten de la consideración de que los términos de la *obligatio* no pueden ser alterados por elementos extraños a la estructura originaria por lo que, a la hora de abordar el problema, sostienen que se debe mantener una separación entre un plano material y otro procesal. De esta forma se le da la opción al acreedor de reclamar el cumplimiento de la obligación exacta, que subsiste aun cuando se ha producido la *datio in solutum*, pero ofreciendo a su vez al deudor la posibilidad de que el pretor le conceda una *exceptio* para que haga frente a la reclamación del acreedor (*ope exceptionis*).

Esto es, mientras que los sabinianos consideran que la obligación se extingue *ipso iure*, los proculeyanos otorgan al deudor la *exceptio doli*, cuando el acreedor que ha recibido y aceptado un objeto diferente reclama luego el debido, es decir, aquel que está *in obligatione*. La primera opinión fue la acogida por Justiniano<sup>12</sup>.

Precisamente por esto, la razón de la diversidad de opiniones entre los juristas clásicos, que se desprende de los textos del Digesto, en el supuesto de que se produjese la evicción de la cosa dada en pago, podría encontrarse en que algunos, siguiendo ideas de la escuela sabiniana, pensaban que la *datio in solutum* extinguía *ipso iure* la obligación y, por tanto, el acreedor no podía disponer de otro medio procesal para reclamar su derecho más que de una *actio utilis ex empto*<sup>13</sup>; mientras que aquellos que seguían ideas de los proculeyanos entendían que la eficacia extintiva de la *datio in*

---

<sup>11</sup> Gayo *Instituciones*, traducción de ABELLÁN VELASCO, M. y otros, Coord. Francisco Hernández-Tejero, edición bilingüe, Civitas, Madrid, 1985.

<sup>12</sup> Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, p. 482.

<sup>13</sup> En este sentido, cfr. D. 13.7.24 pr. (Ulpiano 30 ed.) y C. 8.44.4 (a. 212).

*solutum* solo tenía lugar *ope exceptionis*, por obra del pretor, subsistiendo la obligación y, en consecuencia, pensaban que el acreedor podía utilizar la misma acción que se había querido extinguir con la *datio in solutum*<sup>14</sup>.

Pero también hay quien sostiene que, en caso de que se produjese la evicción de la cosa dada *in solutum* por el deudor al acreedor, los juristas clásicos consideraron que este último podría tener interés en ejercitar una demanda contra el deudor no solo por el daño emergente sino también por el *id quod interest*, lo cual no podía tener lugar si se limitaba a ejercitar la propia acción derivada de la *obligatio* originaria que, en todo caso, permanecía intacta por el hecho de producirse la evicción. Por tanto, los juristas de época clásica tardía vieron la posibilidad, afirmada expresamente por la cancellería de Diocleciano, y expuesta sistemáticamente por la de Justiniano, de que en caso de evicción de la cosa dada *in solutum*, el acreedor contase también con una *actio utilis ex empto* como si entre las partes hubiese tenido lugar una compraventa en la que la cosa vendida fuera objeto de evicción. Esto último no es óbice a que dicha solución práctica de la jurisprudencia clásica, de naturaleza estrictamente procesal, adoptada también por la cancellería de Diocleciano, propiciase o, al menos, facilitase también en la mentalidad de los bizantinos un acercamiento hacia una concepción contractualista de la *datio in solutum*, presente en la tradición jurídica griega y helenística de aquel tiempo, que configuraba a la *datio in solutum de res pro pecunia* como una suerte de contrato de compraventa. Sea como fuere, lo cierto es que dicha concepción, que se aprecia en diversos textos del Código y del Digesto de Justiniano, ha condicionado el estudio de toda esta materia llevado a cabo por la tradición jurídica europea desde la Glosa hasta la Codificación<sup>15</sup>.

### 3- EL DERECHO JUSTINIANO: LA *DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA*

Los justinianos resolvieron definitivamente la cuestión planteada en Gayo 3, 168, y que permanecía abierta, acogiendo la opinión de los sabinianos, enunciando como regla en I. 3.29 pr. la eficacia extintiva de la *datio in solutum*:

---

<sup>14</sup> En este sentido, cfr. D. 46.3.46 pr. (Marciano 3 reg.) y C. 7.45.8 (Diocleciano-Maximiano).

<sup>15</sup> Estas son las conclusiones a las que llega BLANCH NOUGUÉS tras el estudio minucioso de la evicción de la *res data in solutum*, en “Una aportación sobre la naturaleza jurídica...”, *cit.*, pp. 10 ss.

“Mas toda obligación se disuelve por el pago de lo que se debe, o si alguno hubiera pagado, consintiéndolo el acreedor, una cosa por otra. Pero no importa quién pague, si el mismo que debe u otro por él; pues también se queda libre de la deuda pagando otro, ya se haga el pago sabiéndolo o ignorándolo el deudor, o contra su voluntad<sup>16</sup>”.

Además de zanjar la cuestión relativa a la regulación de la *datio in solutum* voluntaria, la cual requiere el consentimiento del acreedor para extinguir la obligación, se atribuye también a Justiniano la introducción de lo que se conoce como *datio in solutum necessaria*, es decir, aquella que tiene lugar cuando la ley obliga al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva ofrecida por el deudor, siempre que se den los presupuestos exigidos legalmente y se cumpla el procedimiento previsto para el caso de que se trate.

En cuanto al origen de esta figura jurídica, la *datio in solutum necessaria*, prescindiendo de antecedentes más remotos ya expuestos en este trabajo, encontramos varios ejemplos en las Novelas 4,3 (a. 535) y 120, 6,2 (a. 544) de Justiniano.

Así, Justiniano en Nov 4,3 (a. 535) estableció que los acreedores deben aceptar en pago bienes inmuebles del deudor cuando éste no disponga de dinero ni de otros bienes muebles y haya intentado inútilmente vender aquellos inmuebles:

“Mas aquéllo con que por lo demás se auxilia a los cuidados humanos, **aunque acaso no sea grato para algunos acreedores, es, no obstante sancionado por nosotros por razón de clemencia.** Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas **éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles,** y el acreedor apremiara reclamando de todos modos dinero, pero a aquél no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera bienes muebles, **le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero. Mas si no se presentara ningún comprador** de los bienes inmuebles de aquél, 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 gloriosísima republica (...)** 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 deuda con la misma caución con que pueda dar el deudor.** Mas hágase de este modo la entrega de los bienes: dénsese

---

<sup>16</sup> La traducción al castellano es de GARCÍA DEL CORRAL, I. L., Barcelona, 1898, reed., Valladolid, 1988.

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 dinero, u otras cosas que se pueden llevar consigo, le es, sin embargo, lícito tener una posesión no inútil. Pero sea esto 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 parecemos 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<sup>17</sup>.

Se aprecia, por tanto<sup>18</sup>, que Justiniano establece, en el marco de la grave situación económica y social por la que atravesaba el Imperio, un tipo especial de *datio in solutum* dirigida a evitar el procedimiento judicial ordinario de ejecución patrimonial del deudor insolvente, procurando alcanzar un punto de equilibrio entre el trato de favor dado por el legislador a dicho deudor y, en cierta medida, los propios intereses del acreedor. Siendo así, en la ley se parte de la iniciativa del acreedor que ha de reclamar judicialmente el importe de su débito y solo en caso de que el deudor no disponga de la suma adeudada ni de bienes muebles y, asimismo, después de que éste hubiere intentado infructuosamente la venta de sus bienes inmuebles, 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; al mismo tiempo, la ley ordena que el deudor preste en el momento de la entrega una caución a favor del acreedor.

---

<sup>17</sup> La traducción al castellano es de GARCÍA DEL CORRAL, I. L., Barcelona, 1898, reed., Valladolid, 1988.

<sup>18</sup> Como pone de relieve BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano...”, *RJUAM*, n<sup>o</sup> 21, 2010-I, pp. 42 s.

Asimismo, Justiniano también reguló otro caso de *datio in solutum necessaria* en Nov. 120,6,2 (a. 544) a favor de las *venerabiles domus*, es decir, de los establecimientos cristianos de beneficencia y caridad, los cuales, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas o de sus obligaciones fiscales, podían recurrir al pago mediante la entrega de bienes inmuebles de su propiedad, debiéndose cumplir una serie de requisitos de procedimiento, de tal manera que el pago debía ser aceptado por sus acreedores:

“... Y también hemos considerado conveniente determinar esto sobre las mismas venerables casas, que, si algunas de ellas se obligaran a deudas o por las contribuciones públicas, o por otra causa necesaria de la misma casa, y no es posible que dichas deudas sean pagadas con los bienes muebles, se le dé ciertamente en primer lugar al acreedor una cosa inmueble en prenda especial, para que percibiendo los frutos de ellas se los aplique tanto para las mismas cantidades recibidas en mutuo y debidas, como para los intereses, no mayores de la cuarta parte del uno por ciento mensual. Mas si no quisiere saldar de este modo la deuda, mandamos que ciertamente por los que son ordenados por el santísimo patriarca, ya sean metropolitanos, ya otros obispos, ya arquimandritas, ya encargados de asilos de huérfanos, o de hospicios de pobres, o de hospicios de peregrinos, o administradores de otras venerables casas, se hagan actuaciones ante los santísimos patriarcas, por quienes son ordenados o constituidos, y con juramento de los administradores y con el consentimiento de la mayor parte de los que allí prestan servicio se manifieste la deuda, y que no es posible que ella sea pagada con bienes muebles; y los que son ordenados por los metropolitanos, ya si son obispos, ya si arquimandritas, ya si encargados de asilos de huérfanos, o de hospicios de pobres, ya si administradores de otros venerables lugares, escriban tales actuaciones del mismo modo ante estos obispos metropolitanos; y que de igual manera se hagan las actuaciones por los obispos, que son ordenados por patriarcas o por obispos metropolitanos, y tienen bajo su propia jurisdicción o monasterios, u hospitales de pobres, u hospicios de peregrinos, u otras venerables casas, pero de suerte, que, ya si tales actuaciones se hicieran ante los patriarcas, ya si ante los metropolitanos, ya si ante otros obispos, no soporten por ellas ningún dispendio o gasto las venerables casas. Porque precisamente no queremos que en lo sucesivo se hagan por las mencionadas personas o casas tales actuaciones ante los jueces de provincias o los defensores de las localidades, para que no sufran dispendio alguno. Mas después que se hubiera hecho esto ante los mencionados santísimos patriarcas, o metropolitanos, u otros obispos, expóngase entonces por escrito por espacio de veinte días en un lugar público de la ciudad por los susodichos administradores de la venerable casa deudora, e invite de este modo a los que quieran comprar la cosa inmueble, para que el que más ofrezca sea preferido a los otros. Mas precediendo todas estas formalidades hágase la venta, dándose de todos modos el precio por la deuda, de suerte que el comprador no tenga seguridad de otro modo, sino si el precio se pagara para la misma deuda, y claramente se consignara por escrito que nada se hace por lesión o perjuicio de la misma venerable casa. Pero si del modo susodicho no se encontrara comprador de tal cosa, mandamos que el acreedor reciba la misma posesión por derecho de las susodichas venerables casas, “que se dice en pago” habiéndose hecho justa y escrupulosa estimación, y habiéndose añadido el precio de la décima parte de la

total estimación reciba el acreedor por la misma cantidad “la cosa en pago” para “poseerla con dominio cierto”, pero de suerte que presten su consentimiento para tales ventas los administradores de la venerable casa deudora y la mayor parte de los que en ella sirven. Mas la cosa inmueble, que de este modo se da, no sea dada a elección del acreedor, sino con arreglo a equidad algo ciertamente de las posesiones productivas, y algo también de las estériles de la misma venerable casa, y según la renta de las mismas, en pago de sus impuestos fiscales y las demás circunstancias<sup>19</sup>’.

A diferencia de Nov. 4,3, vemos que en Nov. 120,6,2 no se establece una normativa de alcance general a favor de todo deudor insolvente, sino que se dispone un tratamiento aún más privilegiado en beneficio de dichos establecimientos cristianos de beneficencia -unos dotados de autonomía, otros configurados como simples dependencias de la Iglesia diocesana-, que tanta importancia adquirieron en el ámbito cultural bizantino y, más tarde, en el Occidente europeo<sup>20</sup>.

Conviene poner de relieve que, al igual que la expresión *datio in solutum* referida a la voluntaria, tampoco la expresión *datio in solutum necessaria* aparece literalmente en las fuentes romanas. Esto no impidió que la aplicación de la *datio in solutum necessaria* tuviera una notable importancia a lo largo del Derecho común europeo. Fue la llegada de los principios liberales, que inspiraron la codificación del siglo XIX, la que provocó la casi desaparición de la figura de las legislaciones europeas, manteniendo determinadas excepciones. Aunque en Europa se arrinconó a la *datio in solutum*, cabe decir que, por el contrario, la regulación de la figura sigue vigente en diversas legislaciones de países iberoamericanos<sup>21</sup>.

### III- LA *DATIO IN SOLUTUM* EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA MEDIEVAL.

Aunque la Glosa acursiana utilizó expresiones como “*aliud pro alio solvere*”, “*dare in solutum*” o “*in solutum dare*”, cabe destacar que Acursio ya empleó la

---

<sup>19</sup> La traducción al castellano es de GARCÍA DEL CORRAL, I. L., Barcelona, 1898, reed., Valladolid, 1988.

<sup>20</sup> Cfr. BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano...”, *RJUAM*, nº 21, 2010-I, pp. 42 s

<sup>21</sup> La regulación de la *datio in solutum necessaria* se encuentra, por ejemplo, en los Códigos de Perú, Guatemala, Bolivia y Uruguay. Sobre este tema, *vid.* BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano...”, *RJUAM*, nº 21, 2010-I, pp. 51 ss.



expresión “*datio in solutum*” en algunos casos aislados en los que mediante la aproximación de la naturaleza jurídica de la figura a la compraventa, parece tal vez indicar una mayor conceptualización de la institución.

Entre los comentaristas, mientras Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) no empleó aún, prácticamente, la frase “*datio in solutum*”, la misma aparece ya con otras expresiones análogas en los escritos de Baldo de Ubaldis (1327-1400) y en los de Jasón del Maino (1435-1519), siendo ya habitual dicho empleo en las obras de juristas franceses del siglo XVI como Douaren (1509-1559) o Cuyacion (1522-1590) y, con carácter general, en la doctrina civilista europea de la Edad Moderna<sup>22</sup>.

## 1- EN LA GLOSA Y COMENTARISTAS

Los glosadores y comentaristas medievales estudiaron detenidamente la Nov. 4,3 de Justiniano y, al mismo tiempo, llevaron a cabo una reinterpretación de diversos fragmentos del Digesto. Creyeron ver que dichos fragmentos contenían supuestos de *datio in solutum necessaria*, cuando en realidad no era así, de tal modo que al ser configurados como tales por la ciencia jurídica medieval se produjo *de facto* una verdadera recreación de la figura que estableció Justiniano, y que se manifestó en una coyuntura histórica de crisis económica y social. Siendo así, a tenor de la interpretación de las fuentes romanas, comentaristas como Baldo de Ubaldis (1314-1357) o Jasón del Maino (1435-1519) idearon el llamado *beneficium dationis in solutum*, en virtud del cual resultaba que si el deudor no podía cumplir su obligación en los términos convenidos, y siempre que se diesen ciertas condiciones, tendría la posibilidad de ofrecer al acreedor la entrega de *un aliud pro alio* que –y esto es lo importante, como pone de relieve BLANCH NOUGUÉS<sup>23</sup>- debía ser aceptado necesariamente por este último. Concretamente, Jasón del Maino, después de reafirmar la vigencia de la regla romana según la cual “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*” individualiza veinte casos del Digesto que, según su interpretación, establecerían excepciones a esta regla

---

<sup>22</sup> Sobre la *datio in solutum* en la Glosa y los Comentaristas, *vid.* SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 214 ss.

<sup>23</sup> Cfr. BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano...”, *RJUAM*, n<sup>o</sup> 21, 2010-I, p. 48.

## 2- EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

Esta línea de pensamiento de los glosadores y comentaristas italianos llega a la legislación de Alfonso X el Sabio manifestándose fundamentalmente en algunos preceptos del Fuero Real y de Las Partidas. En ambos cuerpos normativos se reafirma la vigencia de la regla “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*”, distinguiéndose de esta *datio in solutum* voluntaria, la *datio in solutum necessaria* como se manifiesta claramente en las Partidas<sup>24</sup>.

### 2.1- Fuero Real

La *datio in solutum* parece haber sido una figura comúnmente utilizada en los ordenamientos jurídicos medievales. Concretamente, y refiriéndonos a nuestro Derecho histórico, se establece en el Fuero Real 3, 20, 16 que:

*“sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demandar”*.

### 2.2- Las Partidas

Posteriormente, ya Las Partidas contienen una regulación más extensa de la materia objeto de estudio en este trabajo. En concreto, la Partida 5, título XIV, Ley 3ª, establece:

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

---

<sup>24</sup> Cfr. SERRANO CHAMORRO, Mª E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 42 s.

Como se puede apreciar, esta norma reafirma, en primer lugar, la vigencia de la regla “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*”, es decir, no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad del acreedor. La prestación ha de ser igual a la que fue objeto del compromiso, entregando, en consecuencia, la misma cosa en que la obligación consiste. Pero también se prevé la posibilidad, no permitida actualmente en nuestro CC, de dar una cosa por otra sin la voluntad del acreedor cuando el deudor no pueda cumplir la prestación a la que se había comprometido, dejando esta decisión al arbitrio judicial, como ya ocurría en la *datio in solutum necessaria* del Derecho romano justiniano.

#### IV- LA DACIÓN EN PAGO EN EL PROCESO CODIFICADOR

##### 1- CODIFICACIÓN EUROPEA

Los códigos precedentes a la codificación francesa apuntan ya a un cambio o giro en la normativa de la dación en pago. En el Código Maximiliano (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) de 1751 aparece como norma obligatoria que el acreedor no puede ser obligado a aceptar el cumplimiento con un bien distinto 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.

El cambio definitivo en la normativa se producirá con el Código Napoleónico. La figura de la dación necesaria es interpretada por DOMAT y por POTHIER<sup>25</sup>, concluyendo que el *beneficium dationis in solutum* no tenía cabida en el Derecho francés, aun 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*

---

<sup>25</sup> Sobre la posición de la pandectística, *vid.* SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...*, *cit.*, pp. 221 ss.

*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* necesaria 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<sup>26</sup>.

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. 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 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 consintiera el acreedor.

## 2- CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

Ya algunos autores españoles de la época anterior a la codificación (siglos XVI al XVIII), 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 resto<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano...”, *cit.*, p. 50.

<sup>27</sup> Sobre “Il seicento in Spagna e in Italia”, *vid.* SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...*, *cit.*, pp. 219 s.: “Da un lato abbiamo chi, come Alphonsus De Guzman in Spagna, si limita a seguire pedissequamente la ricostruzione della Glossa.”

## 2.1- Proyectos del Código Civil

El transcurso del proceso de Codificación española se verá altamente influenciado por lo dispuesto en el Código Civil Francés de 1804, en virtud del cual prima el uso de la autonomía de la voluntad para el libre perfeccionamiento de las obligaciones, por lo que admitir un proceso de dación en pago necesaria supondría su vulneración. El proyecto de 1836 ya menciona el principio de identidad de la prestación en materia de pago. Es en el proyecto de 1851 donde aparece una formulación en los mismos términos que el actual art. 1166 del CC. Tal y como se refiere el propio GARCIA GOYENA al comentar esta norma, “*es claro que podrá pagarse una cosa por otra consintiéndolo el acreedor*”. En consecuencia, desaparece ya de los textos legales el beneficio de la *datio in solutum legal*<sup>28</sup>. Como acabamos de ver, GARCIA GOYENA en dicho Proyecto, 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.

Por lo que se refiere a Navarra, según afirmó el mismo GARCIA GOYENA, la institución de la dación en pago necesaria se mantuvo como parte integrante de nuestra tradición jurídica recibida del Derecho romano. Es significativa la frase “*la dación en pago necesaria se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla*”. Pero en nuestra codificación ya solo se recogerá el caso de la *datio in solutum* voluntaria (exceptuando Navarra).

Finalmente, el anteproyecto de CC impreso por la Comisión de Codificación establece en el art. 1183 la actual redacción del art. 1166 con sus dos párrafos, y que veremos a continuación.

## 2.2- Nuestro Código Civil de 1889

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 tales como:

---

<sup>28</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, cit., pp. 42 ss.

-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*).

-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*).

-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. Además, la dación en pago aparece en otros dos artículos, el 1636, y finalmente el 1849

Por otra parte, conviene destacar lo previsto en 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”.*

Es el precepto seguido mayoritariamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española<sup>29</sup>, y el que más se asemeja a nuestra tradición histórica. En este artículo 1166 se puede apreciar cómo se recoge el carácter de identidad de la prestación debida, pero *sensu contrario* se admite la posibilidad de que, si el acreedor acepta, el deudor pueda entregar una cosa distinta a la inicialmente pactada con el fin de extinguir la obligación. Siendo este precepto suficiente para dar cabida en nuestro ordenamiento a la dación en pago voluntaria.

De todas formas, como afirman algunos autores, también encajaría la posibilidad de la aplicación de la dación en pago en el art. 1255 del Código Civil, en el cual se recoge el principio de autonomía de la voluntad en el derecho *inter privatos*:

---

<sup>29</sup> *Vid.*, por todos, SERRANO CHAMORO, M<sup>a</sup> E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 44 ss.; BELINCHÓN ROMO, M., *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 98 ss. y la extensa bibliografía por ellas citada.

-Artículo 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

Esto es así porque al permitir cualquier tipo de pacto, excepto los contrarios a la ley, a la moral y al orden público, también se tiene que permitir la dación en pago si media acuerdo entre las partes, al ser un pacto que cumple los requisitos ya expuestos, y regir la autonomía de la voluntad.

Como afirma LACRUZ MANTECÓN<sup>30</sup>, el Código Civil no regula la dación en pago, ni la voluntaria ni la necesaria. Es posible la voluntaria, naturalmente, pues concurriendo el acuerdo de las partes en el *aliud pro alio*, ningún obstáculo puede haber en su aceptación. Pero para este resultado bastan las reglas generales y el uso de la autonomía de la voluntad.

Por último, 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.

En definitiva, nuestra regulación se alinea dentro de las codificaciones europeas que siguen al Código Civil de Napoleón, las cuales ni siquiera contienen una verdadera normativa sobre la dación en pago voluntaria sino que se limitan a permitirla implícitamente si así lo acepta el acreedor.

### 2.3- La Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra: la dación en pago necesaria

En cambio, en el Fuero Nuevo de Navarra, que recoge la tradición jurídica recibida del Derecho romano, se establece una regulación bastante completa de la dación en pago voluntaria (Ley 495) y además se admite la necesaria (Ley 493.2.2).

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

---

<sup>30</sup> Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, JURISMAT, Portimao, nº 5, 2014, p. 290.

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 AGUIRRE<sup>31</sup>, 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 BALMASEDA<sup>32</sup> 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.

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<sup>33</sup>.

## V-LA DACIÓN EN PAGO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ACTUAL

### 1- LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIVILISTA

La doctrina civilista actual<sup>34</sup> se ha manifestado en línea con la tradición jurídica de base romanista, de la asimilación de la dación en pago con un contrato de compraventa, siguiendo los antecedentes romanos y afirmando en general, la naturaleza contractual de la *datio in solutum*.

---

<sup>31</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro” en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 27, 1999, pp. 9 ss.

<sup>32</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> 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.

<sup>33</sup> BELINCHÓN ROMO, M., *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 47 ss.

<sup>34</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago y las diversas teorías propuestas por la doctrina, así como su crítica, *vid.* por todos SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 57 ss. y BELINCHÓN ROMO, M., *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 17 ss.



Ahora bien, dentro de esta figura contractual, las posiciones oscilan entre los que afirman el carácter novatorio del convenio entre acreedor y deudor, el cual consiste en el cambio del objeto de la obligación primera con el consiguiente efecto extintivo de la misma<sup>35</sup>, o los que defienden que más que una novación por cambio de objeto, lo que en realidad se produce es un pacto modificativo del objeto de la obligación que no da lugar a la extinción total de la misma, siendo una figura de naturaleza<sup>36</sup> compleja.

Entre la más reciente, MARTÍN BRICEÑO<sup>37</sup> señala que la dación en pago ha reaparecido en la escena jurídica. Se ha tratado de recuperar como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras acreedoras. Su finalidad en la actualidad es la de paliar los graves efectos sociales derivados del crecimiento desmesurado de los procesos de ejecución hipotecaria, agudizados por la crisis, ante el impago de los préstamos hipotecarios. Ante una ejecución por impago de deudas garantizadas con hipoteca, se pensaba que el problema se solucionaba con la entrega de la vivienda al acreedor, lo que ocurre es que esto choca abiertamente con nuestra legislación que se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 del CC). Esto hace que si el valor de la vivienda, en el momento de la ejecución, tal y como afirma GÓMEZ GÁLLIGO<sup>38</sup>, no es suficiente para saldar la deuda, el acreedor aún puede perseguir y embargar otros bienes del deudor hasta obtener la plena satisfacción de lo que se le debe por principal, intereses y costas.

De todas formas sería interesante distinguir, como ha hecho el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, la dación en pago<sup>39</sup> (*cessio pro soluto o datio in solutum*) de la cesión de bienes para pago (*cessio pro solvendo*). En la *cessio pro solvendo*, esto es, en el pago por cesión solo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (art. 1175 CC), mientras que en la *cessio pro soluto*, la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación.

---

<sup>35</sup> SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 220.

<sup>36</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1953, p. 257.

<sup>37</sup> MARTÍN BRICEÑO, M<sup>a</sup> R., “La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria”, *RCDI*, n<sup>o</sup> 735 (2013), pp. 359 ss.

<sup>38</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Presente y futuro de la garantía hipotecaria”, *RCDI*, n<sup>o</sup> 735 (2013), pp. 19 ss.

<sup>39</sup> BELINCHÓN ROMO, M., *La dación en pago en el Derecho Español...*, *cit.*, pp. 98 ss.

## 2-EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Se enlaza con la dación en pago la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH. En realidad, como sostiene LACRUZ MANTECÓN<sup>40</sup>, esta hipoteca no es una figura parecida a la dación en pago: es la propia dación en pago tal y como se diseña hoy en el Código de Buenas prácticas, al que me referiré en el próximo epígrafe. Es decir, la denominación de la dación es la del Derecho histórico, pero el molde sobre el que se construye es el de la hipoteca de responsabilidad limitada del 140 LH, puesto que se permite a los deudores hipotecarios y se quieren unos efectos coincidentes con los de esta hipoteca: limitar, tanto la responsabilidad como la deuda, exclusivamente a los bienes hipotecados, con el consiguiente efecto extintivo de la deuda con la ejecución de la garantía hipotecaria, y que sea por tanto sólo el bien el que responda; naturalmente ello conlleva la consiguiente quita de la deuda si el valor del bien se ha hecho inferior a la cuantía de la deuda.

Como señala este art. 140 LH: *No obstante lo dispuesto en el artículo 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...* Es decir, que esta hipoteca se establece como excepción a la subsistencia de la responsabilidad patrimonial universal que predica el art. 105 LH y reiterado por el 1911 CC, y además, más que un tipo de hipoteca, consiste en un pacto de eliminación de la responsabilidad de bienes distintos del hipotecado, con la consecuencia de la limitación de la misma.

Aunque esta hipoteca se ha podido pactar perfectamente a lo largo de los últimos años, pues proviene de la redacción de 1946 de la LH, como señala LACRUZ MANTECÓN<sup>41</sup>, en la realidad económica vemos que nadie la pacta, pues disminuye la garantía al eliminar la subsistencia de la responsabilidad del 1911 CC, encareciendo el préstamo. Es lógico, si limitamos la responsabilidad al valor del bien hipotecado, cualquier disminución de dicho valor implicará la de la responsabilidad, y por tanto y si baja dicho valor por debajo del montante de la deuda, ello significa una quita para el

---

<sup>40</sup> LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, *cit.*, pp. 291 s.

<sup>41</sup> LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, *cit.*, pp. 298 s.

deudor, porque no hay posibilidad de extender luego la responsabilidad por la parte de deuda no cubierta a otros bienes, muebles o inmuebles. En cualquier caso, implica menos garantía, lo que da lugar a mayor riesgo, y por tanto ello determina un mayor precio del dinero.

En particular, sobre la hipoteca de responsabilidad limitada, se advierte que las entidades financieras y los deudores no hacen uso de esta hipoteca, sencillamente, porque no les conviene: El acreedor debería compensar la disminución de garantías concediendo menos capital a mayor interés y por menos tiempo, o sea, encarecería el crédito.

### 3-LA DACIÓN EN PAGO Y EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS

El legislador español ha introducido una nueva regulación en la que se hace mención expresa al concepto de la dación en pago, y que se recoge en el *Código de buenas prácticas* del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que recoge a este *Código* como anexo, y que luego la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, vuelve a publicar (con algún retoque), apareciendo la dación en pago en el apartado 3:

*Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual. a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. - b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. - c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien. -d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la*

*enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión. - e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.*

Este RD-ley incorpora diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Además, la dación en pago de la vivienda viene indicada para el caso concreto que se regula y permite la extinción completa de la deuda. A todo ello se suma la reducción del tipo aplicable a los intereses moratorios y la posibilidad de acogerse al alquiler social.

Como sostiene ALONSO PÉREZ, el Código de Buenas Prácticas no responde al prototipo de los “códigos de conducta”. Es cierto que las entidades acreedoras se rigen por dicho Código sólo si voluntariamente deciden someterse al mismo<sup>42</sup>; sin embargo, dicho texto no ha sido elaborado por los agentes a quienes va destinado, sino que ha seguido uno de los procedimientos de elaboración de normas jurídicas que marca la Constitución y se contiene en una norma con rango de ley, en un Real Decreto-ley.

El CBP podría calificarse, siguiendo a ALONSO PÉREZ<sup>43</sup>, como un instrumento de Derecho opcional, ya que existe una voluntad común de las partes concretando la normativa aplicable a la situación de incumplimiento del deudor o de dificultad del mismo para hacer frente a la deuda garantizada con hipoteca sobre la vivienda habitual. Una vez que las partes, dándose los presupuestos necesario para su operatividad, han optado por su aplicación, su obligatoriedad viene establecida de manera clara y terminante por el párrafo 4º del art. 5 del RD-ley 6/2012, conforme al cual, “serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”; lo que se traduce – según ese mismo párrafo 4º- en “la novación del contrato resultante de la aplicación de

---

<sup>42</sup> Hay que tener en consideración, como señala ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T. (“El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC*, Vol. II, nº 2 (abril-junio, 2015), Estudios, pp. 33 ss.), que el CBP tiene varias versiones: la primera es la que se contiene en la redacción original del RD-ley 6/2012, y la segunda, es la que se deriva de la reforma que del mismo hizo la Ley 1/2013. Algunas entidades acreedoras no se han adherido a la segunda versión y siguen vinculadas por la primera. La lista con las entidades que se han adherido a una u otra versión puede consultarse en Resolución de 10 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, (BOE 16 abril 2014). El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social introduce otra modificación a la que podrán adherirse o no de nuevo las entidades de crédito.

<sup>43</sup> ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC*, Vol. II, nº 2 (abril-junio, 2015), Estudios, pp. 36 s.

las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas”, por lo que la obligatoriedad de aplicación del CBP nace en el momento en que las partes deciden someterse voluntariamente al mismo.

Tal y como prevé el propio CBP, para que se pueda aplicar la dación en pago, se requiere previamente que se haya intentado la reestructuración de la deuda así como medidas complementarias y que las mismas hayan resultado inviables.

### 3.1-Dación en pago y alquiler social<sup>44</sup>

Tal y como indica el punto 3 del CBP, en el plazo de 12 meses desde que se solicite la reestructuración de la deuda, el deudor para el que esa medida y la quita sean inviables, podrá solicitar la dación en pago de su vivienda, lo cual implica la entrega de la vivienda a la entidad acreedora titular de la hipoteca y la extinción completa de la deuda. No puede solicitarse la dación en pago cuando se haya anunciado la subasta en el procedimiento de ejecución o cuando el inmueble esté gravado con cargas posteriores.

En caso de que se haya procedido a la dación en pago de la vivienda, el deudor puede solicitar permanecer en la misma en régimen de alquiler, durante un plazo de dos años, siendo el precio fijado conforme a los criterios establecidos por el CBP.

Además, habiéndose contemplado en el contrato, si el deudor colabora con el acreedor en la venta de la vivienda éste puede transmitir al deudor la plusvalía, en caso de que el precio obtenido en la venta sea superior a la deuda que se saldó con la entrega del inmueble.

### 3.2 -Supuesto de hecho<sup>45</sup>

Como ha puesto de relieve la doctrina que ha estudiado el CBP que nos ocupa, su ámbito de aplicación es muy restringido. Los elementos que componen el supuesto de

---

<sup>44</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC, cit.*, p. 42.

<sup>45</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC, cit.*, pp. 43 ss.

hecho son excesivamente rigurosos y, en consecuencia, las medidas tienen un alcance muy reducido.

El eje central del supuesto de hecho está formado por el deudor de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual. Por tanto se trata de adoptar medidas que pueden incidir en la eficacia de la garantía hipotecaria, amparando este hecho en una razón de peso. Se trata de conjurar el riesgo existente para algunos ciudadanos –que se han visto sorprendidos por la crisis económica- de perder su vivienda habitual, lo que les condenaría a la exclusión social, lo cual, además, representa un problema social de primer orden. Es por ello que el CBP está pensado para su aplicación a sujetos que se encuentran en una situación muy comprometida<sup>46</sup>, es por ello que se interviene normativamente sobre lo que se entiende que es la causa de dicha situación.

Es necesario que el propio deudor solicite la adopción de las medidas comprendidas en el CBP. Pero no cualquier deudor puede optar por la aplicación de las medidas del CBP: sólo se aplican cuando el deudor hipotecario se encuentra en el umbral de exclusión según dispone el Art 3 del Real Decreto-ley. Es decir, cuando esa persona corre el riesgo de entrar en una situación de exclusión social. Para estar ubicado en el umbral de exclusión deben concurrir una serie de presupuestos que, sin ánimo de profundizar, se intentan sistematizar a continuación.

Concepto de unidad familiar: Para colocar al deudor en el umbral de exclusión de la norma no se toma en cuenta únicamente a la persona física del deudor, sino a su familia.

A su vez debe concurrir que el deudor esté en el umbral de exclusión, por lo que hay que tomar en consideración: el nivel de ingresos de la familia (art. 3.1.a del RD-ley), que en el período de 4 años anteriores a la solicitud de la aplicación del CBP se haya producido una modificación de las circunstancias familiares o hayan concurrido circunstancias familiares de especial vulnerabilidad (art. 3.b. del RD-ley) y, además,

---

<sup>46</sup>Modificado por el Real Decreto-ley 1/2015 de mecanismos de segunda oportunidad: Se amplía el ámbito subjetivo del umbral de exclusión, incluyendo como nuevo supuesto de especial vulnerabilidad el del deudor mayor de 60 años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar con ingresos bajos. Se incrementa el límite anual de renta de las familias beneficiarias, que se calculará con base en el IPREM anual de 14 mensualidades (antes, doce meses, por lo que es un 16,66% más).

que la relación entre la carga hipotecaria y los ingresos familiares sea prefijada por la norma (art. 3.c. del RD-ley). Esta última circunstancia concurrirá cuando la “cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a”.

Además de todo lo anterior, en el caso de que se pretenda una quita o una dación en pago por parte del deudor, es necesario que la unidad familiar u otros codeudores no dispongan de otros bienes y que se trate de la única vivienda en propiedad, además de que el préstamo no disponga de otras garantías, reales o personales. Por último, es necesario acreditar la concurrencia de todos estos presupuestos a través de la documentación requerida en la norma. Dicha acreditación no es fácil porque solo pueden aportarse los documentos enumerados y su obtención en algunos casos puede resultar compleja.

En cuanto al acreedor, la aplicación del CBP, como hemos dicho, depende de su voluntad. Es necesario para la aplicación de las medidas contenidas en el CBP que la entidad bancaria acreedora se adhiera, sometiéndose voluntariamente al mismo<sup>47</sup>. La duración de esta adhesión es de dos años prorrogables automáticamente por períodos anuales “salvo denuncia expresa de la entidad adherida, notificada a la Secretaría General del Tesoro y Política financiera con una antelación mínima de 3 meses”.

La mayoría de entidades bancarias de nuestro país se adhieron a la redacción original del CBP, pero no todas las que se sumaron en un primer momento se han declarado vinculadas por la redacción del mismo tras la Ley 1/2013.

---

<sup>47</sup> Modificado por el Real Decreto-ley 1/2015 el cual prevé que: Todas las entidades que a la entrada en vigor del Real Decreto-ley se encontrasen adheridas al CBP, se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en el Real Decreto-ley, salvo que en el plazo de un mes comuniquen expresamente el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de las versiones previas que correspondan.

3.3- Imposibilidad de aplicar el CBP a otros supuestos distintos de aquellos para los que está previsto<sup>48</sup>

Si nos atenemos a las cifras que proporcionan los Informes publicados por la Comisión de control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas<sup>49</sup> podemos comprobar que el número de solicitudes para acogerse a las medidas establecidas en el CBP aumenta progresivamente. Pero hay otro dato más revelador, ya que esta comisión nos informa de que se deniegan aproximadamente la mitad de las solicitudes presentadas<sup>50</sup>.

Estos datos revelan la existencia de un número importante de ciudadanos que demandan la aplicación de las medidas del CBP pese a que no concurren en ellos todas las circunstancias exigidas en la norma.

Enseguida se advierte que el RD-ley no favorece la aplicación de las medidas a casos no contemplados en su estricto y reducido ámbito de aplicación. Es más, deja clara la imposibilidad de su aplicación a otros supuestos: a) El art. 5.7 del RD-ley establece expresamente que no debe aplicarse a otros casos que los contemplados estrictamente en la norma. El interés en fijar el carácter excepcional de las medidas queda remarcado cuando dicho precepto establece que ni siquiera pueden servir con carácter interpretativo en otros ámbitos; b) El art. 4.2 RD-ley al regular la reducción del tipo de interés moratorio dice que: “*esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley*”.

La única posibilidad de ir más allá, en el sentido de aplicar el CBP a supuestos y sujetos distintos para los que está previsto, depende de la exclusiva voluntad del acreedor, ya que el art. 5.8 RD-ley dice:

---

<sup>48</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC, cit.*, pp. 47 ss.

<sup>49</sup> En la práctica y por los Informes emitidos hasta ahora por la Comisión de Control sobre el cumplimiento del CBP –cfr. art. 6.4 del RD-ley 6/2012- puede apreciarse que en torno al 65 o 70% de las solicitudes a las que se aplica el CBP se resuelven con una reestructuración de la deuda, en torno a un 24 a 33% se resuelven con la dación en pago y la quita apenas se aplican.

<sup>50</sup> Durante el primer año de vigencia del RD-ley, de 3322 solicitudes tramitadas se realizan 894 solicitudes y 2190 son denegadas. En el período correspondiente al último trimestre de 2013, de 3849 solicitudes presentadas, 1624 son realizadas y 1529 denegadas.



*“sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 (...)”*

Como puede verse, la característica más llamativa es la prevalencia de la voluntad del acreedor en todo el proceso de superación de la crisis. No obstante, hay que tener en cuenta que: por un lado, este sistema implica para el acreedor el sometimiento a un régimen que no le es tan beneficioso como el que resultaría de aplicación al margen del CBP; y por otro lado, que este Código contiene medidas cuyo objetivo es el beneficio del deudor. Esto puede explicar la prevalencia de la voluntad del acreedor, ya que, si no fuera así, sería difícil que los mismos accedieran a su aplicación.

Dado el carácter voluntario del Código, cuesta calificarla de dación legal, lo que ocurre es que los estímulos para la adhesión “voluntaria” al Código por parte de la banca son perentorios, en una situación en la que los bancos dependen de la ayuda pública para sobrevivir a la crisis<sup>51</sup>. A su vez, se apunta como motivo de adhesión el clima de desconfianza instaurado en el sector bancario, por lo que todas las entidades buscan un lavado de imagen a través de fuertes campañas publicitarias, y esta adhesión parece un buen recurso publicitario.

Para concluir, con palabras de LACRUZ MANTECÓN<sup>52</sup>, “mediante la dación en pago en el Código de Buenas Prácticas lo que se ha introducido en realidad no es una dación, sino algo semejante a la dación en pago necesaria del Derecho romano, que prescinde de su aceptación por el acreedor y desconoce así el carácter negocial de la figura, y que conlleva una quita de la deuda si el valor de lo dado no alcanza a cubrir el total de la deuda. Como esta dación es consecuencia del incumplimiento de una deuda hipotecaria, convierte a la hipoteca en hipoteca de responsabilidad limitada, y vulnera (otros dirían “supera”) el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. Pero sobre todo los orígenes históricos de la figura nos han mostrado que la dación no es una solución a la crisis, sino un síntoma: es simplemente la respuesta jurídica a las crisis económicas y a la situación de desvalorización de los inmuebles en

---

<sup>51</sup> LACRUZ MANTECÓN, M., “La dación en pago” en *Vivienda y crisis económica*, Directora M<sup>a</sup> Teresa Alonso Pérez, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 359.

<sup>52</sup> LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, *JURISMAT*, Portimao, nº 5, 2014, pp. 301 ss.

una sociedad, del mismo modo que la fiebre y los estornudos son síntomas de un catarro. Pensar que con la dación necesaria se va a solucionar la crisis es como pensar que el síntoma es la terapia. Quizá la buena noticia sea que algunos síntomas, como la fiebre, sí que contribuyen, si el paciente la soporta, a que la enfermedad haga crisis, y se sane. En este contexto, la dación necesaria no es ni buena, ni mala: es inevitable”.

## VI- CONCLUSIONES

1ª En el Derecho romano, la *solutio* era la forma normal de extinción de las obligaciones, que consistía en el cumplimiento exacto por el deudor de la prestación convenida y no de otra distinta -identidad de la prestación-. Pero los romanos admitieron algunas excepciones a esta regla general, permitiendo que el deudor que no podía cumplir la prestación originaria ofreciese al acreedor la realización de otra prestación, procurando así, al menos, la *satisfactio* del acreedor, siempre que mediara el consentimiento del mismo. El hecho de cumplir una prestación distinta –*aliud pro alio solvere*- fue llamado por los intérpretes *datio in solutum* (dación en pago).

Junto a esta *datio in solutum* voluntaria, también en el Derecho romano, se admitieron algunos supuestos calificables como de *datio in solutum necessaria*, legal o forzosa, en los que atendiendo a la situación de insolvencia del deudor, y partiendo de un contexto de crisis económica y social, el legislador prescindía de la voluntad del acreedor, obligándole a aceptar la *datio in solutum*.

Esto permite afirmar que, tanto la dación en pago voluntaria como la necesaria o forzosa, tienen su origen en el Derecho romano.

2ª Por lo que se refiere a la *datio in solutum* voluntaria, durante la época clásica y post-clásica, los juristas romanos incluyeron sistemáticamente esta figura dentro de las formas de extinción de las obligaciones. La jurisprudencia clásica no se planteó la problemática de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* –a diferencia de la doctrina civilista actual– debido a su carácter casuístico y al poco interés en la formulación de conceptos abstractos.

La razón de la diversidad de opiniones entre los juristas clásicos, que se desprende de los textos del Digesto, en el supuesto de que se produjese la evicción de la cosa dada en pago, podría encontrarse en que algunos, siguiendo ideas de la escuela sabiniana, pensaban que la *datio in solutum* extinguía *ipso iure* la obligación y, por tanto, el acreedor no podía disponer de otro medio procesal para reclamar su derecho más que de una *actio utilis ex empto*; mientras que aquellos que seguían ideas de los proculeyanos entendían que la eficacia extintiva de la *datio in solutum* solo tenía lugar *ope exceptionis*, por obra del pretor, subsistiendo la obligación y, en consecuencia, pensaban que el acreedor podía utilizar la misma acción que se había querido extinguir con la *datio in solutum*.

3ª En lo relativo a la *datio in solutum necessaria*, y prescindiendo de antecedentes más remotos, la doctrina sostiene que Justiniano reguló la *datio in solutum* legal o forzosa, en el marco de la grave crisis económica y social por la que atravesaba el Imperio. Esto se desprende, al menos, de Nov. 4,3, que establece una normativa de alcance general a favor de todo deudor insolvente y de Nov. 120, 6,2, que dispone un tratamiento aún más privilegiado en favor de los establecimientos cristianos de beneficencia y caridad (*venerabiles domus*).

4ª El empleo de la expresión “*datio in solutum*” surgió en realidad con posterioridad a las fuentes romanas siendo producto de la tradición jurídica romanista. Los glosadores y comentaristas reafirmaron la vigencia de la *datio in solutum* voluntaria, expresada en la regla romana según la cual “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*”. Pero además, partiendo del estudio de la Nov. 4,3 de Justiniano, reinterpretaron diversos fragmentos del Digesto creyendo ver que los mismos contenían supuestos de *datio in solutum necessaria* –cuando en realidad no era así- e idearon y generalizaron el llamado *beneficium dationis in solutum*.

Esta línea de pensamiento llegó a la legislación de Alfonso X el Sabio, manifestándose en algunos preceptos del Fuero Real y, fundamentalmente, en Las Partidas.

5ª Nuestro Código Civil, al igual que otros códigos europeos inspirados en el Código de Napoleón, no regula la dación en pago, ni la voluntaria ni la necesaria. La voluntaria se admite con base en el principio general de autonomía privada del art. 1255

CC. Es imprescindible el consentimiento del acreedor, según el artículo 1166 CC y *sensu contrario*, pues se sustituye el cumplimiento inicialmente pactado (normalmente, cantidad de dinero) por una nueva prestación. Es *aliud pro alio* y el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba prestación diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Prácticamente todo lo referente a la dación en pago es objeto de debate doctrinal y tampoco la jurisprudencia ha construido un concepto unívoco de la figura.

En cambio, en el Fuero Nuevo de Navarra, que recoge la tradición jurídica recibida del Derecho romano, se establece una regulación bastante completa de la dación en pago voluntaria (Ley 495) y además se admite la necesaria (Ley 493.2.2).

6ª Por último, y curiosamente, el legislador español introduce y regula la dación en pago en el *Código de Buenas Prácticas* del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y cuya redacción se repite en la posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, apareciendo la dación en el mismo apartado 3 dedicado a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

Aunque la adhesión al CBP por parte de las entidades financieras es estrictamente voluntaria, como señala el artículo 5 del Decreto: Sujeción al Código de Buenas Prácticas, y por ello cueste calificarla como dación legal, una vez que las partes, dándose los presupuestos para su operatividad, han optado por su aplicación, su obligatoriedad viene establecida de manera clara y terminante por el párrafo 4 del artículo 5 del RD-ley 6/2012, conforme al cual, “serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”.

Para concluir, a pesar de la pretendida novedad de estas medidas, estamos de acuerdo con quienes sostienen que en el CBP se recupera y se hace revivir la histórica dación en pago necesaria, introducida por el emperador Justiniano en el contexto de una situación de crisis económica y social muy parecida a la que actualmente estamos viviendo.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, *RDC*, Vol. II, nº 2 (abril-junio, 2015), Estudios, pp. 31-67.

ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18<sup>a</sup> ed., Tercera reimpresión, vols. I y II, Madrid, 1991.

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

BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano”, en *RGDR*, 13 (diciembre), Madrid, 2009, pp. 1-22.

BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos. *RJUAM*, nº 21, 2010-I, pp. 33-53.

CASTÁN TOBEÑAS, J.- *Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1953.

CRISTÓBAL MONTES, A., *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1986.

D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1991.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A., *Ley 493, Comentario al Fuero Nuevo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> 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.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A., “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller coord., Tomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Presente y futuro de la garantía hipotecaria”, *RCDI*, Enero, 2013, n<sup>o</sup> 735.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1990.

LACRUZ MANTECÓN, M., “La dación en pago”, en *Vivienda y crisis económica*, Directora M<sup>a</sup> Teresa Alonso Pérez, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 317-368.

LACRUZ MANTECÓN, M., “La moderna dación en pago”, *JURISMAT*, Portimao, n<sup>o</sup> 5, 2014, pp. 287-304.

LOZANO CORBÍ, E., *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Mira editores, Zaragoza, 1999.

MARTÍN BRICEÑO, M<sup>a</sup> R., “La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria”, *RCDI*, N<sup>o</sup>. 735 (2013), pp. 359-388.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro” en *Revista Jurídica de Navarra*, n<sup>o</sup> 27, 1999.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Dación en pago”, en *Enciclopedia de Derecho concursal*, t. I (A-E), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

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

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 4<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ROBLES VELASCO, L. M., “Figuras sustitutivas del pago del crédito, antecedentes y su consideración en el derecho actual: La apotimema, la datio in solutum, y la dación en pago”, *RIDROM*, octubre, 2014, pp. 1-85.

SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Giuffrè, Milano, 2008.

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

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.

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

TENA PIAZUELO, I., “Reforma financiera y préstamo hipotecario. El debate sobre la dación en pago”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Coord. Julio Cesar Tejedor Bielsa e Isabel Fernández Torres, Thomson Reuters, 2014, pp. 529-569.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986.