DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES ROMANÍSTICAS Y DIRECTIVA 2014/17/UE

*Deed in lieu of foreclosure and debtor protection: based on roman law
and directive 2014/17/ EU*

JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: Analizaremos las bases romanísticas de la *datio in solutum necessaria* como institución que constituye el antecedente de lo que hoy se recoge en numerosas fuentes, y más recientemente como solución que arbitra el Código de buenas prácticas bancarias CBP¹ que se ha ido incorporando a leyes recientes como la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que en gran medida transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que refleja la dación, aunque sólo la voluntaria.

Palabras clave: *Solutio, datio in solutum necessaria* o *ex lege*, protección del deudor, *venerabiles domus*, CBP código de buenas prácticas bancarias.

Abstract: We are going to analyzed the romanistic bases of the *datio in solutum necessaria* as an institution that constitutes the antecedent of what is collected today, in the

¹ Este CBP se ha ido recogiendo en primer lugar en el Anexo del RDL 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que ha sido modificado por la L 1/2013 de 14 de mayo, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social que lo que hace es convalidar el RDL1/2015 de 27 de febrero, finalmente este CBP ha quedado incorporado en la DA^a 11 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en donde se establece la adhesión al mismo.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sources that we will have occasion for analysis and more recently as a solution that arbitrates the Code of good banking practices that has been incorporating recent laws such as the last Act of 5/2019 regulating real estate credit contracts, which largely transposes the Directive in question is the 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of February 4 2014, on credit agreements with consumers for real estate for residential use, which reflects this institute of the date, although only voluntary.

Keywords: *Solutio, datio in solutum necessaria o ex lege, debtor protection, venerabiles domus, Good banking practices Code.*

SUMARIO: I.—*Datio in solutum y ager publicus* II.—*Datio in solutum necessaria* en las Novelas: A propósito de Nov.4.3 y 120.6.2. III.—Evolución ulterior en el Derecho intermedio y positivo: excepcionalidad de la dación en pago necesaria. IV.—Dación en pago: apunte sobre la Directiva y el Código de buenas prácticas bancarias. V.—Reflexión final.

I. *DATIO IN SOLUTUM Y AGER PUBLICUS*

Es evidente que Roma² no fue ajena a esta problemática marcada por las crisis económicas y no cabe duda de la respuesta jurídica a través de la *datio in solutum*, como veremos a continuación, instituto que supone otras de las grandes aportaciones cuya génesis se encuentra en el Derecho romano³, y que también deja su impronta en el *ius commune europeum*. En este sentido, si-

² La importancia del Derecho romano como elemento integrador en la formación y cultura europea en palabras de KOSCHAKER, P., *Europa und das Römische Recht*, Berlin, C. H. Beck 1947, p. 352, destaca el a. su importancia a pesar de poner de relieve en su día la crisis de los estudios: «*dass das römische Recht trotz der ernsten un bedrohlichen lage seines Studiums heute reif zur Abdikation seie, ist nicht memine Meinung. Ich hoffe vielmehr gezeigt zu haben, dass es auch heute noch Wege gibt, es zu einem legendigen Glied in der Bindlung aller Juristen zu manchen und es so in seiner geschichtlichen Funktion zu erhalten, ein Mittler unter den grossen europäischen Privatrech*». Vid. sobre la importancia del desarrollo del Derecho privado europeo, HAMZA G., *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest, Bibliotheca Iuridica, 2005, p. 171 ss, las tendencias de los estudios jurídicos europeos y la propia de la investigación del Derecho romano, destacando la importancia del método comparativo para el estudio de la evolución.

³ Para una evolución sobre las codificaciones vid. RAINER, J.M., *Das römische Recht in Europa*, Wien, Manz, 2012, p. 4 y ss el autor señala la importancia del Derecho romano en la formación del jurista actual. Id. STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 130, considera que la idea del Derecho comunitario europeo no es algo nuevo sino una renovación de la unidad cultural: «*Nevertheless the idea that European Community law is in some sense no a new thing but a renewal of a cultural legal unity, which once covered the whole continent, has sparked interest in what is described as the civilian tradition*» Id. CARVALE, M., *Alle origini del Diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzi, 2005, p. 181 y ss.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

guiendo a la prof^a. Solidoro⁴ señala, como objeto de discusión, sobre la futura construcción del Derecho común europeo que no debe fundarse prevalentemente como sucede en la actualidad sobre las directivas a menudo contingentes y cuestionables de Bruselas, siendo razonable y deseable un acentuado llamamiento a la aportación que proporciona el patrimonio conceptual de la tradición romanística. Por ello considera que el Derecho europeo⁵ no debería prescindir de toda una serie de conceptos que han ido edificándose a lo largo de los siglos. En este sentido, es importante para el Derecho contractual europeo aquellos principios que se transmiten a través del *ius commune* y la rigurosa conceptualización y sistematización realizada por la Pandectística.

Por otro lado, debemos señalar que uno de los objetivos armonizadores de la UE es frenar la dispersión y la atomización normativa y, en esta dirección, en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual. En lo que concierne al crédito hipotecario, se ha ido buscando la armonización y la protección del consumidor participante en una operación crediticia, sobre todo en los supuestos en los que éste no puede hacer frente al pago en situaciones de crisis, y donde puede entrar en juego la dación en pago.

En el Derecho romano encontramos esta figura que la jurisprudencia romana denominó como *datio in solutum*⁶, que constituye una forma de extinción de la obligación y, por tanto, de liberalización del deudor, obteniendo el acreedor la *solutio* y su *satisfactio*. Melillo considera que la *solutio* y la *satisfactio* indican, al menos cuando las fuentes se refieren a la *obligatio*, respectivamente el cumplimiento exacto e inexacto, ya que en última instancia comprende cualquier comportamiento capaz de sustituir el interés del acreedor *id quod debetur*⁷. Pero la regla general según la cual el deudor no puede entregar una cosa por otra se aprecia del final del texto de Paulo, 28 ad. ed., D.12.1.2.1: *... nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, principio romano cuya excepción es precisamente la dación en pago voluntaria o en su caso forzosa, siendo esta última una medida coyuntural ante situaciones de crisis económicas.

⁴ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino, 2003, Giappichelli Editore, p. 226.

⁵ A propósito del pretendido código europeo de contratos, que tiene defensores y detractores, e incluso rebasando los límites del eventual código, se impone la creciente pujanza del mercado con el correlativo adelgazamiento progresivo de los Estados nacionales, y quizá hasta de las mismas funciones del gobierno de la UE por muchas Directivas que le dedique, *cfr.* TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: Derecho roman-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 339.

⁶ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford Press, 1990, p. 753-560.

⁷ MELILLO G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, E. Jovene, 1970, p. 2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

A mayor abundamiento, debemos precisar que este instituto hunde sus raíces en la época Republicana, donde *el ager publicus* es utilizado como garantía crediticia. Así, en el año 210 como nos informa Tito Livio durante el consulado de Marco Valerio Levino y Marco Claudio Marcelo, se financia el Estado, por las necesidades materiales y militares a través de préstamos entre éste y los senadores y caballeros que de forma voluntaria lo hubieran suscrito y que debía devolverse en tres plazos, entre el 204 a. C. al 200 a.C., dependiendo esto último de la mejora de la situación financiera⁸, Liv.29.16.1-3:

Altera item res prope aeque longo neglecta silentio relata a M. Ualerio Laeuino est qui priuatis conlatas pecunias se ac M. Claudio consulibus reddi tandem aequum esse dixit; nec mirari quemquam debere in publica obligata fide suam praecipuam curam esse; nam praeterquam quod aliquid proprie ad consullem eius anni quo conlatae pecuniae essent pertineret, etiam se auctorem ita conferendi fuisse inopi aerario nec plebe ad tributum sufficiente. grata ea patribus admonitio fuit; iussisque referre consulibus decreuerunt ut tribus pensionibus ea pecunia solueretur; primam praesentem ii qui tum essent, duas tertii et quinti consules numerarent.

Ante la dificultad de afrontar el pago del último, *ultima pensio*, por las guerras con Macedonia, *Punicum bellum pecunia data in Macedonicum*, ya que los otros se habían realizado, los ciudadanos acreedores se dirigen al Senado reclamando la devolución del préstamo; ante esta situación se desamortizaron tierras del *ager* del Lacio mediante decreto consular para poder satisfacer la deuda como se desprende de Liv.31.13.5-9:

Cum et priuati aequum postularent nec tamen soluendo aere alieno res publica esset, quod medium inter aequum et utile erat decreuerunt, ut, quoniam magna pars eorum agros uolgo uenales esse diceret et sibimet emptis opus esse, agri publici qui intra quinquagesimum lapidem esset copia iis fieret: consules agrum aestimatuos et in iugera asses uectigal testandi causa publicum agrum esse imposituros, ut si quis, cum soluere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo. laeti eam condicionem priuati acceperere; trientabulumque is ager, quia pro tertia parte pecuniae datus erat, appellatus.

La tierra compensada fue llamada *ager trientabulumque*, por corresponder a una *datio in solutum* por el tercer pago, si bien el Estado se reservó una tributación de la suma de un as por yugada para conservar el carácter público y permitir la restitución en caso de que éstos quisiesen recuperar el dinero por las tierras.

⁸ SACCOCCIO, A., «Finanze e debito pubblico nel III sec. a.C.», *I cd. Trientabula*, Index 32, 2004, p. 319 y ss. Id. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 20-26.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

Ahora bien, a pesar de este antecedente, lo cierto es que tuvo que ser una solución coyuntural ante determinadas circunstancias propiciadas por las crisis bélicas, es evidente que la *datio in solutum*⁹, como medio de extinción de las obligaciones *in dando*, cumple con una prestación distinta de la convenida¹⁰. Si bien esta forma de cumplimiento tuvo efecto liberatorio siempre que fuese aceptada por el acreedor, de ahí su carácter convencional¹¹. Ahora bien, en el presente estudio nos vamos a centrar en la *datio in solutum necessaria*, que va referida aquella que por imposición legal obliga al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*. Esta expresión «*datio in solutum necessaria*» fue acuñada por el jurista italiano Tiberio Deciano¹² en el siglo XVI que hace distinguirla de la voluntaria que realmente no deja de ser una compraventa¹³ por el consentimiento del acreedor, frente a esta donde el acreedor resulta constreñido a recibir el *aliud pro alio*.

II. DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA EN LAS NOVELAS: A PROPÓSITO DE NOV.4.3 Y 120.6.2.

En relación a la dación en pago necesaria, la cual como veremos lleva aparejada circunstancias coyunturales de crisis y vulnerabilidad social, existe

⁹ La expresión *solutum accipere* se utiliza para referirse al cumplimiento exacto, si bien la *datio in solutum* viene recogida con otras expresiones según SACCOCCIO, A., «Datio in solutum: storia e dogmatica de una locuzione», en *FIDES HUMANITAS IURIS, Studii onore di Luigi Labruna, Napoli, Editoriale Scientifica*, 2007, pp. 4893-4895; ID. SACCOCCIO A., *Finanze e debito pubblico... op. cit.* pp. 4-9. en las que destaca: «*in solutum dare*», «*in solutum suscipere*», «*aliud pro alio*», «*rem pro solvere*», «*pro eo quod debeo aliquid solvere*» «*rem pro pecunia solvere*», «*pro solutu rem dare*», «*pro debito solvere*», «*in solutum tradere*», «*pro debito accipere*», «*vice pretti dare*», «*pro pecunia dare*» «*pro pecunia accipere*», «*aliud reddere*», «*aliud commutare*», «*aliud pro alio permutare*», «*in quantitatem debiti satisfacere*», «*accipere pignus pro pecunia*», «*vicem solutionis continere*», «*pro pecunia valere*», «*rem pro re dare*», «*pro pretio accipere*».

¹⁰ Gai 3.168: «*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est*» Cfr. Inst.3.29.pr: «*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio soluerit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. item si reus soluerit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor soluerit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus*».

¹¹ Podía tener eficacia *ope exceptionis* o *ipso iure*, según los proculeyanos o sabinianos, *vid.* al respecto BLANCH NOUGUES, J. M.^a, «Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en el Derecho romano», *RGDR* 13 (2009); en www.iustel.com (última consulta realizada el 25 de marzo de 2019).

¹² DECIANUS UTINENSIS, T., *Responsa I, Venetiis*, 1629, Resp. 3,n. 128 c.97: «*nam et datio in solutum voluntaria in omnibus vicem sustinet venditionis, secus si sit necessaria, et iussu iudicis facta*».

¹³ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio ...* p. 269.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

un antecedente que se remonta al año 49 a.C. en el que Julio Cesar ante las deudas que se habían generado por la crisis, en vez de conceder su abolición, esperada y reclamada con constante afán por los deudores, decretó que éstos pagarían con sus propiedades según la estimación de sus propietarios y conforme a su importe antes de la guerra civil; y que se deduciría del capital todo lo que se hubiese pagado en dinero o en promesas escritas a título de usura, con cuya disposición se anulaban cerca de la cuarta parte de las deudas, como de infiere del texto de Suetonio, *Caes.* 42.8:

De pecuniis mutuis disiecta novarum tabularum expectatione, quae crebro movebatur, decrevit tandem, ut debitores creditoribus satis facerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numeratum aut perscriptum fuisset; qua condicione quarta pars fere crediti deperibat.

En igual sentido, en los Comentarios de Julio César a la guerra civil, *Caes. Bellun civile.* 3.1:

His rebus confectis, cum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae solverentur, constituit, ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque eae creditoribus traderentur.

Se estableció que terminados los comicios, puesto que el crédito andaba bastante escaso en toda Italia y no se satisfacían las deudas, se nombrasen árbitros y que éstos hicieran una tasación de lo que antes de la guerra costaban las propiedades y otros objetos de los deudores, con el fin de que se entregasen a sus acreedores. En este sentido es más que obvio que las medidas obedecían a una situación de deflación monetaria y de enorme recesión económica, presupuesto que habilitará posteriormente las situaciones en las que aplicar una dación *necessaria*.

Prosigue el texto: *Hoc et ad timorem novarum tabularum tollendum minuendumve, qui fere bella et civiles dissensioness equi consuevit, et ad debitorum tuendam existimationem esse aptissimum existimavit.*

Juzgó que esto era lo más conveniente para quitar o reducir el temor de nuevas tablas de cancelación de deudas, temor que de manera general suele seguir a las guerras y a los disturbios internos; y también para proteger el crédito de los deudores.

Se aprecia, por tanto, una serie de medidas dirigidas a auxiliar a los prestatarios; así, con la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis*, que probablemente se trate de la *Lex iulia de bonis cedendis*, que trató de establecer unos límites acepta-

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

bles en las vicisitudes de los créditos¹⁴, y más en lo que concierne a la dación en pago en relación a deudas relacionadas con la crisis que provocaba la bancarrota de muchos deudores, de ahí la necesidad de arbitrar mecanismos que permitiesen el pago de las deudas no solo con dinero sino también con las propiedades. La clase social pudiente, muchos de ellos prestatarios, temían que Cesar¹⁵ aboliese de forma general todas las deudas, al mismo tiempo que muchos deudores habían dejado de pagar por su paupérrima situación, de ahí que la intervención se centrara en garantizar el flujo monetario para solventar las quejas a este respecto, poniendo dinero en circulación para de esta forma garantizar el crédito a los prestamistas¹⁶, sin llegar a abolir las deudas; si bien, como hemos apuntado, trata de solucionar los problemas de impago concediendo a posibilidad de cumplir el mismo con la entrega de bienes.

Como vemos, se articulan una serie de medidas en relación a la protección a las que Saccocio¹⁷ se refiere como una imposición unilateral a los acreedores para que acepten como pago los fondos, en lugar de dinero, esto es un tipo de *datio in solutum* forzosa, sobre todo ante situaciones de crisis económicas que afectaban a los deudores.

Ahora bien, esta *datio in solutum necessaria*, a pesar de los antecedentes señalados, que produce la liberación del deudor prescindiendo de todo acuerdo con su acreedor, obligado éste último a aceptar un «*aliud pro alio*¹⁸», no deja de

¹⁴ Junto a la medida que estamos analizando, dispuso la remisión de los intereses devengados durante dos años lo cual supuso la pérdida de una cuarta parte del crédito a los acreedores y por otro lado, restringió la posibilidad de que nadie pudiese atesorar más de quince mil denarios al contado, *vid.* en relación a esto último, entre otros, Cic. *Att.* 7,18,4; 9,9,4; 10,11,2.

¹⁵ SUAREZ PIÑEIRO, A.M, «César un político popular», *Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica* 9,1997, pp. 249-275; 254, la a. considera que: «*la política de César sobre deudas no fue especialmente revolucionaria. Fue pensada para moderar la estricta ley de crédito vigente en Roma, para promover una medida que supusiera cierto alivio tanto a los grandes como a los pequeños deudores, y para tranquilizar a los ciudadanos haciéndoles ver que el gobierno era permanente y de confianza. El dinero circuló de nuevo en los mercados y desapareció la ansiedad por cancelar las deudas.*»

¹⁶ Dion Casio, 41.37.2; 41.38.1-2.

¹⁷ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio* ... p. 271. el autor señala que la terminología de las fuentes habla de un procedimiento de transmisión del fundo al acreedor a iniciativa del deudor, a ello se refiere Suetonio «*satisfacere*» Cesar «*tradere*», si bien el autor aporta otras fuentes como Apiano Bc. 2.48 «*διδόναι*» o Dión Casio 42.5.2. «*ἀπόδοσιν*», esta claro que la función que desempeña la aceptación del terreno a la cual es constreñido el acreedor es sustitutiva del pago del precio.

¹⁸ MELILLO, G., *In solutum dare...*, p. 136-138, el a. señala que la conmutación de una prestación por otra tiene su génesis en época Republicana y en concreto en el sector agrario donde para hacer frente a las deudas monetarias, hubo que acudir al pago en especie, y que pudo determinar la configuración pretoria de la *condictio triticaria*. Si bien el a. en su p. 137 alude a la aparición de ese *aliud pro alio* y de la identificación con el binomio *solvere-satisfacere*, en relación a Catón, *De agric.* 146.2, «... *donicum solutum erita ut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt*...» la *Lex Galia Cisalpina* 21.14-19 (Fira.1.173) que habla de la prestación sustitutiva y incluso en la *Tabula Heracleensis* 40-45, referida a los supuestos en los que el propietario obligado a conservar una vía incumplía el edil que tuviera a su

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ser, un *beneficium dationis in solutum*¹⁹, el cual encuentra su desarrollo autónomo y específico por parte de la cancellería en dos Novelas que veremos a continuación Nov.4.3 y Nov.120.6.2., y por tanto extraña a la doctrina clásica²⁰.

Veamos en primer lugar la Nov.4.3 del emperador Justiniano del 535 dirigida a Juan de Capadocia:

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

cargo la zona podía ejecutar la obligación a costa del propietario incumplidor mediante arriendo del citado servicio a un tercero.

32-50 donde se regula un procedimiento de ejecución forzosa.

¹⁹ BONINI, R., «La c. d. datio in solutum necessaria (Nov. Iustiniani 4,3 e 120,6,2)», en *Contributi di diritto giustiniano* (1966-1976), Bologna, Patrón Editore, 1990, pp. 3 ss.

²⁰ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 273. ASTUTI G, v. *Dazione in pagamento*, ED 11, 1962, p. 733. Se consideró como una datio solutio coactiva con el pago de los fundos de mayor valor según la autoridad competente, LONGO, G.E., v. «Datio in solutum», *NDI V*, Torino, Ed. VTET, 1957, p 173, n. 2.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

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

'Epilogus' Quae igitur a nobis pro cautela subiectorum sancita sunt, cognoscens tua eminentia sollemnibus programmatibus et hic et in omni dictione fieri manifesta procuret, ut etiam inter gentes agnoscant subiecti quanta fuit nobis pro illorum utilitate providentia.

La providencia comienza con la usual justificación de la política legislativa²¹ del emperador en aras a auxiliar a los ciudadanos por las razones humanitarias, *humanis auxiliatur curis*, que se esgrimen en interés del deudor. De ahí que, a priori, en el texto aparezca hasta tres ocasiones *clementiam sancitur* como motivo para poder proteger a los deudores a través de una *datio in solutum* dirigida a evitar el procedimiento de ejecución patrimonial del deudor insolvente, en un período de crisis²² marcado por una situación política tan inestable en áreas tan inseguras como las provincias orientales en las que difícilmente el deudor podía encontrar un comprador de inmuebles. De ahí que, ante las guerras, la influencia militar y la consiguiente confusión política, se articulara este mecanismo de *datio in solutum necessaria* con el fin de que el propietario de un terreno que había recibido un mutuo, pudiera satisfacer a su acreedor ofreciendo dichos inmuebles²³, a pesar de que el texto también señala que dicha solución no sea grata para algunos acreedores. Lo cierto es que las razones humanitarias²⁴, a las que apela el emperador en su intervención, que no deja de ser un *ius singulare*, tienen como denominador común la crisis económica, cuestión que constituye una constante histórica, como iremos viendo en este estudio.

En la Novela también se recoge de forma casuística el problema que se deriva a raíz de un mutuo confiado a la solvencia del deudor, el cual carece de dinero para su restitución y sin embargo posee inmuebles²⁵ que no logra ni tan siquiera

²¹ Vid. sobre el estilo y redacción de la Novela de Justiniano, VOLTERRA, E., «Il problema del testo delle costituzioni imperiali, en la critica del testo» en *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di storia del Diritto II*, Firenze, Ed. Olschki, 1971, p. 1081 ss.

²² LUCKS, K.M., *Aestimatio possessionis in Justinian Novellem 4.3 und 120,6,2*, Trier, 1991, pp. 140-141 «Eine Erklärung für die Geldknappheit und die Wertlosigkeit von Grundbesitz als Ursache des Erlaßes der Novellen 4,3 und 120,6,2 lässt sich der politischen und wirtschaftlichen Situation im frühen 6. Jahrhundert entnehmen. Als Justinian im Jahre 527 die Alleinregierung in Konstantinopel übernahm, war die politische Lage außerordentlich gespannt».

²³ LUCKS K.M., *Aestimatio possessionis...* p. 142.

²⁴ DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano*, Murcia, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1987, p. 162.

²⁵ BONINI, R., «La c. d. *datio in solutum necessaria...*», p. 11, n. 8, resultan extraños los casos del deudor que esta desprovisto de liquidez y de bienes muebles y, sin embargo, si tiene bienes inmuebles, de

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ra vender cuando su acreedor le apremia en el pago. Por otro lado, el legislador había dado licencia para que el acreedor que quisiera pudiese aceptar bienes inmuebles en lugar de dinero, incluso cuando el deudor carecía de bienes muebles.

Ahora bien, en este caso se añade la dificultad de encontrar un comprador para los mismos por parte del deudor ya que su acreedor divulga que estos están gravados lo cual provoca que los posibles compradores sean renuentes «*creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem*». Es evidente que el acreedor mira por sus intereses y se observa la posibilidad de una venta de las cosas pignoradas por el deudor, de ahí que la Novela destaque este aspecto en el que se trata de buscar compradores de los inmuebles con la dificultad que conlleva el hecho de que los mismos se encuentren gravados²⁶.

Por otro lado, el legislador continúa haciendo alusión a que, tanto los magistrados urbanos *nostrae reipublicae iudices*, como los *praesides provinciarum*, después de haber realizado la estimación pertinente de los bienes del deudor, darán a los acreedores posesión de los inmuebles en relación a la cuantía de la deuda *quantitatem debiti possessionem immobilem*. Es evidente que el emperador trataba de poner remedio a un procedimiento infructuoso en el que el deudor no podía hacer frente al pago de la deuda ni tan siquiera con sus bienes inmuebles ya que no encontraba compradores²⁷ para éstos. De tal forma que lo que se articula es una dación en pago de los inmuebles por deudas monetarias²⁸ en favor de sus acreedores justificada por razones de orden humanitario, como se infiere *ab initio*.

A mayor abundamiento, la disposición exige *cautio* o garantía del deudor, esto es con el fin de poder evitar, probablemente una posible evicción²⁹ que pueda afectar a los inmuebles. Además con el fin de garantizar el equilibrio entre las partes, no sólo porque se le permite este mecanismo al deudor incapaz de hacer frente al pago de la deuda, sino porque también como contrapartida al verse constreñido el acreedor a recibir el inmueble se añade en la disposición que dicha *datio* se realice de forma que se les de los mejores o de mayor valor al acreedor y los peores, un vez pagada la suma, permanezcan en poder del deudor. Así la Novela, trata de salvaguardar el equilibrio entre las partes al mismo tiempo que garantiza el consuelo del acreedor obligado a

ahí que el autor considere que «*il discorso avrebbe potuto svilupparsi a titolo del tutto ipotetico, nel senso de una datio in solutum necessaria di cose mobili*».

²⁶ BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia en el pignus*, Torino, G. Giappichelli, 1949, p. 119 y ss.

²⁷ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*» p. 11, n. 9.

²⁸ POLACCO, V., *Della dazione in pagamento I*, Padova 1888, p. 63 y ss.

²⁹ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 281, n. 44.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

aceptar el inmueble como pago, debiendo ser, éste último, de entre los de mayor valor, así se observa de la Nov.4,3: «...*Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia*». Esto tiene su lógica si pensamos que quienes conceden un mutuo reciban unos bienes de valor o según como se infiere de la constitución como *possessionem non inutilem habere*. Ahora bien, la propia disposición aclara en su parte final que se llega al mismo resultado sin esta intervención por razón de necesidad, ya que el deudor desprovisto de dinero y sin compradores, podían realizar la cesión de sus bienes a sus acreedores que no hubiesen podido cobrar la deuda de éstos últimos con esa *cessio bonorum*, ante esa falta de alternativas³⁰. Por ello, sin la *datio in solutum necessaria*, el deudor era ejecutado concursalmente o bien este podía evitarla haciendo esta *cessio bonorum* que además comprendería los mismos bienes.

Con base a lo antedicho, el emperador acogiendo a los que considera «*infelicibus debitoribus*» adopta una decisión humana basada en la clemencia ante una situación de crisis económica en la que los deudores se encontraban con falta de liquidez y sin compradores, lo que habría generalizado esta medida³¹. Si bien, el final de la novela hace referencia a que el acreedor podía procurar un comprador al deudor, para lo cual este último debía de prestar caución conforme al arbitrio del juez, ello constituía una garantía previa a la venta en favor del acreedor y al crédito que este tenía a su favor.

La precisión del párrafo primero hace hincapié en la necesidad de que el acreedor sea el que tenga acción procesal derivada del contrato contra un sujeto, por cualquier causa³² y subsistiendo también los derivados de las relaciones bancarias³³ por razón de utilidad de los contratantes.

³⁰ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*» p. 13. En igual sentido GIUFFRÈ, V., «*La c. d. «lex iulia» de bonis cedendis*», *Labeo* 18 (1972) p. 177, n. 17.

³¹ DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina...* p. 164.

³² En relación a la identificación que existe con el acreedor debe tenerse en cuenta *de verborum significationes* en tres fragmento de Ulpiano, D.50.16.10: «*Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeat, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur*»; Gayo 50.16. 11: «*creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur*»; y de nuevo Ulpiano D.50.16.12.pr: «*Ut si cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur. Sed et si ex delicto debeat, mihi videtur posse creditoris loco accipi. Quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicitur creditoris loco non esse, postea esse*».

³³ Parece que la liquidez bancaria quedaba garantizada por razón utilidad, *vid.* LONGO G., «*Utilitas publica*», *Labeo* 18 (1972) p. 61 ss. En igual sentido, ASTUTI G., *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito, II*, Milano, Giuffrè, 1941, pp. 280-354.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Dada la importancia de la norma y a fin de darle difusión para poder aplicar la *datio in solutum* cuando fuera necesaria ante la venta infructuosa que obligaba a la misma, se establece en el epílogo la necesidad de dar la mayor publicidad para que sea reconocida y aplicada en todo el imperio.

En términos semejantes, si bien con una serie de cautelas que veremos a continuación, se promulga otra disposición nueve años más tarde que guarda ciertas semejanzas procedimentales en cuanto a la Novela que ya hemos comentado, se trata de la Nov.120.6.2:

In venerabilibus vero monasterios primates eorum cum a pliore et maiore parte ibidem deservientium monachorum contractum efficiant... hoc etiam super ipsis venerabilibus domibus defenire praevidimus, ut si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari immobilem rem creditori, ut eius fructus colligens reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis quam in usuris non amplius quarta parte centesimae. Si vero noluerit isto modo transigere debitum, iubemus per eos quidem qui a sanctissimo patriarcha ordinantur, sive metropolitae sive alii episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi aut ptochotrophi aut xenodochi aut nosocomi aut aliarum venerabilium domorum ordinatores, apud sanctissimos patriarchas, a quibus ordinantur aut praeponuntur, monumenta fieri, et cum iureiurando ordinatorum et consensu amplioris partis in eis deservientium debitum manifestari et quia non est possibile de rebus mobilibus istud persolvi; eos vero qui a metropolitae ordinantur, sive episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi sive ptochii aut aliarum venerabilium domorum ordinatorum, apud eos similiter metropolitae episcopos huiusmodi monumenta conscribi; ab illis vero episcopis, qui aut a patriarchis aut metropolitae episcopis ordinantur et habent sub propria iurisdictione aut monasteria aut ptochia aut xenones aut nosocomia aut alias venerabiles domos, sub similem modum gesta fieri, ita tamen ut, sive apud patriarchas sive apud metropolitae sive apud alios episcopos huiusmodi gesta fiant, nullum pro his dispendium aut expensam venerabiles domos sustinere. Propterea enim nolumus de cetero apud iudices provinciarum aut defensores locorum huiusmodi monumenta a memoratis personis sive domibus agi, ut nullum dispendium sentiant. Postquam vero ista subsecuta fuerint apud memoratos sanctissimos patriarchas aut metropolitae aut alios episcopos, tunc praedicti ordinatorum debitorum domus venerabilis in scriptis in publico civitatis loco proponant per viginti dies, et isto modo hortentur eos qui emere volunt immobilem rem, ut qui plus praebet aliis praeponatur. His vero omnibus procedentibus venditionem fieri pretio modis omnibus pro debito dando, ut non aliter habeat emptor munitionem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur, et hoc evidenter inscribatur, quia nihil ad laesionem aut praescriptionem eiusdem venerabilis domus efficitur. Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum, ita tamen ut ordinatores debitoris venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat. Quae autem praebetur in hoc immobilis res non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem aliud quidem fructiferarum aliud vero et sterilium possessionum eiusdem venerabilis domus et in reditu earum et in fi scali solutione et reliquae ordinationis.

Esta providencia fechada en el 544 dirigida al prefecto pretorio oriental, Pedro³⁴, también contiene un *datio in solutum necessaria*, en este caso aplicable a las *venerabiles domus*³⁵, es decir, establecimientos cristianos destinados a la beneficencia pública, por tanto a las *piae causae*³⁶.

Debemos traer a colación el pasaje contenido en el cap. IV³⁷ de la misma en la que se aclara que, si se necesita dinero por razón de tributos fiscales o de otra deuda, le sea lícito a sus administradores, bien obligar una cosa inmueble o darla en prenda al acreedor; e incluso recibir sus frutos con el fin de aplicarlos a las cantidades e intereses prestados sin que éstos superen la cuarta parte del 1% mensual, al mismo tiempo que se establece la necesidad de recuperar dicho inmueble si se paga la deuda o se compensan con los frutos el crédito pendiente.

Como vemos la norma también aplica una forma de anticresis legal si bien ésta prescinde del consenso del *creditor*. Ahora bien, si de esta forma no

³⁴ El epílogo que contempla la disposición es semejante al que vimos en Nov.4.6 que establecía la necesidad de garantizar la publicidad de la disposición con los pertinentes edictos con el fin de que los súbditos conociesen la medida, de igual forma Nov.120.6.2 en su epílogo señala en relación a como el prefecto: «*eminentia igitur, quae per praesentem legem perpetuum valituram nostra sanxit tranquillitas inconvulsa observare festinet, edicto in solemnibus et legitimis locis per decem dies propósito et nullo pro tali occasione in provincias destinando. Nos enim providemus, quali modo sine collatorum laesione mni-bus praesens nostra generalis constitutio manifesta fiat*» vid. SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* p. 282.

³⁵ Estas se fueron personificando progresivamente sobre una base patrimonial, configurándose en las Novelas de Justiniano como centros autónomos de beneficencia dotados de capacidad hasta el punto, como sucede en nuestra Nov.120.6 en el que el legislador se refiere directamente a las casas autónomas y no a los obispos administradores a los que simplemente les otorgará el rol de supervisión, más adelante en Nov. 131. Vid. MURGA J.L., «La continuidad post mortem de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva» en *AHDE* 36 (1968), p. 543. ID. «Los negocios *pietates causa* en las constituciones imperiales postclásicas» en *AHDE* 37 (1967), p. 336-337. Sobre la atenuación del rigor en la Novela vid. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, E., «*Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*», *ZSS* 8, 1887, p. 245.

³⁶ Sobre las fundaciones cristianas de beneficencia y el concepto *CUGIA*, S., «*Il termine «Piae Causae*». Contributo alla terminología delle persone giuridiche nell diritto romano», *Studi in onore di C. Fadda*, V, Napoli, L. Pierrò Editore, 1906, p. 229 ss.

³⁷ *Si vero contigerit aliquam praedictarum venerabilium domorum nomine fiscalium tributorum aut alterius cuiuslibet supervenientis necessitatis venerabili domui pecuniis egere, liceat eius ordinatoribus immobilem rem aut supponere aut dare in speciale pignus et creditor possideat eandem rem, et eius fructus colligat, et reputet sibi in his creditis pecuniis, quam in usuris, non autem maioribus, quam quartam partem centesimae. Si vero persolverint debitum praepositi eiusdem venerabiles domus, aut ex fructibus adimpleatur creditum, redat iterum res ad venerabilem domum, ex qua data est.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

se satisfacía la deuda, se procedía a realizar otra cautela que consistía en que las *piae causae* a través de un procedimiento privilegiado en el que los autorizados por el patriarca sean metropolitanos, obispos, archimandrita, o los encargados de los asilos, hospicios, hospitales y de cualquier otra *venerabiles domus*, hagan actuaciones por las cuales se manifieste la imposibilidad por los que son ordenados o constituidos y con juramento de los administradores, y de la mayoría de los que prestan los servicios en las mismas, para que se manifieste que no es posible que la deuda sea pagada con bienes muebles³⁸.

En igual sentido, la disposición recoge que en lo sucesivo tales personas o casas, no hagan actuaciones ante los jueces o defensores para evitar que sufran dispendio alguno *nullum dispendium sentiant*³⁹, de forma que se proceda a la exposición pública durante veinte días a través de un bando hecho por los administradores de la casa deudora para que los interesados en comprar el bien inmueble⁴⁰ puedan pujar por la misma, es decir una especie de subasta en la que el mejor postor se quedaría con dicho bien.

Por otro lado, en la Novela 120.6.2, al igual que vimos en Nov.4.3, se establece una nueva formalidad por la cual el acreedor puede ser conminado a aceptar *pro soluto* la posesión del inmueble, esto es, como último recurso una vez que se han realizado las cautelas anteriormente señaladas sin éxito se abriría la posibilidad a una dación en pago.

De esta forma, en caso de que no se encontrase comprador, se manda que el acreedor reciba la posesión de la *venerabilium domorum* afectada como pago. Este última eventualidad, tercera vía, es la que ordena al acreedor a ser conminado a aceptar *pro soluto* el bien que, el centro afectado por la deuda, debía entregar en concepto de pago, conforme con una sobre estimación del mismo, que estaba determinada en un diez por ciento de su valor y que además debía poseer una calidad media «...*et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum*». En todo el procedimiento, se observa la necesidad de garantizar ciertas cautelas y formalidades dado que se exige no solo el consentimiento de los administradores de la institución o *venerabilis domus*, sino también de aquellos que desempeñan su actividad laboral en dicha casa. Si bien, en la disposición se introduce como novedad a diferencia de lo que vimos en Nov.4.3 un privilegio en favor de la Iglesia, en tanto en cuanto no se da elección la posibilidad de elegir solo entre terrenos de gran valor sino que se

³⁸ SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio ...* pp. 288-289.

³⁹ BONINI, R., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* p. 22.

⁴⁰ Sobre estas ventas en subasta *vid.* TALAMANCA, M., *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, pp. 106 y ss.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

establece la necesidad de asignar de forma equitativa terrenos productivos y estériles ⁴¹.

A priori, aunque la Nov.120.6.2 habla de *venditionibus consensiant*, en relación al consentimiento prestado por los administradores, lo cierto es que en ningún caso se trata de una compraventa como contrato típico, sino a una asimilación técnica que el emperador realizaba de la *datio in solutum necessaria* a la voluntaria, donde la naturaleza jurídica de la *datio* se asoció a la compraventa ⁴².

La intervención de Justiniano obedece a una situación de crisis coyuntural que requiere medidas ágiles como hemos visto que obligan al acreedor a aceptar la prestación sustitutiva del deudor pro soluto siendo en Nov.120.6.2 una *Pia causa*.

En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta que muchos banqueros tenían que asumir una serie de riesgos cuando alude a la necesidad de los créditos a pesar de las dificultades que podían darse por parte de los deudores así se infiere de la Nov.136 del 541 d.C, de su Prefacio ⁴³, si bien nos interesa el cap.III:

Atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dederint, et ex nummis creditis res acquisita sit, omnium se in ipsa re praeipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plane probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debitores pecunia satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum emta eis addicatur, quasi revera ab illis emta, sola vero emtoris appellatio interpósita esset. Neque enim iustum est, eos qui sua expedunt, non etiam primum et indubitatum locum in rebus emtis habere, si modo in scriptis contractibus hypothecae mentio facta fuerit. Nam si hoc observaverint omne id consequentur, quod nos rogarunt, inmo vero plus quam petierunt, siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex eorum pecunia emtae probantur...

La Novela se centra en el sector bancario al cual el emperador establece un privilegio a los banqueros en los supuestos en los cuales habiendo concedido préstamos ya sea para comprar muebles o inmuebles, éstos no son devueltos, probablemente por la falta de liquidez de los deudores, ante dicha situa-

⁴¹ PUGLIATI, S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*.vol.2 *Problemi di diritto privato e di legislazione politica religiosa*, Milano,Giuffrè, 1991, pp. 114 ss, recoge un derecho singular en tono a los privilegios eclesiásticos concedidos por Justiniano.

⁴² « *Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel lite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus*». Ulpiano, 6 *fideicom.*, D.42.4.15.

⁴³ «*Qui in corpore sunt argentariorum felices huius urbis potentiae nostrae supplicantes de multis capitibus nos rogarunt potiri cupientes auxilio quum et ipsi multis se útiles praebeant, unde constituta et mutua subeant omnis periculi plena...*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ción se establece un derecho preferente sobre la propiedad adquirida por el deudor, ya que se les adjudica a éstos como si fueran los propios banqueros los que adquieren dicha propiedad; haya habido o no constitución de hipoteca como garantía⁴⁴. A diferencia de la Nov.4.3, que básicamente era una autorización para imponer al acreedor la *datio in solutum* cuando el deudor carecía de liquidez y así facilitar el pago, esta Novela 136, con el fin de poder dar una mayor cobertura a los banqueros, establece ante el incumplimiento de los contratos de mutuo, probablemente por la crisis, la adquisición de los bienes adquiridos con los mismos como *beneficium dationis in solutum*.

A priori, del análisis de las fuentes romanas en relación a esta *datio in solutum necessaria*, se infiere que las razones de su aplicación obedecen a una situación económica coyuntural y a la vez singular, y, como tal una excepción al principio *aliud pro alio invito creditore solvere potest*.

Es evidente, como vimos en Nov.4.3, que la *datio* se ofrecía como un mecanismo que trataba de solventar la posición jurídica del deudor que había agotado todas las posibilidades del pago en el marco del procedimiento y que, ante la carencia de bienes muebles, sólo le quedaba hacer frente a la deuda a través de la entrega de un bien inmueble a la cual el acreedor no podía negarse ya que se había establecido por necesidades imperiosas, en las que los deudores eran víctimas de alguna contingencia económica particular.

Con base a lo antedicho, y siguiendo a un sector doctrinal⁴⁵, se deducen una serie de ideas de las fuentes justinianeas: por un lado es obvio que las razones que justifican la intervención imperial se asientan en: por un lado, razones de índole económico y social con el fin de tutelar y prestar auxilio a los deudores; si bien se podía haber resuelto los problemas que afectaban al equilibrio prestacional a través de un uso adecuado del principio de buena fe contractual⁴⁶ como fuente de integración del contrato.

Por otro, no podemos olvidarnos que este remedio permitía a los deudores extinguir sus obligaciones en supuestos donde no lograban monetizar sus bienes para poder cumplir con la prestación, ya que era difícil encontrar compradores de sus bienes inmuebles que estuvieran dispuestos a pagar una cantidad razonable o un justo precio, por los mismos.

⁴⁴ En la segunda parte se alude a esta posibilidad cuando señala «... *si tamen contractus sine scripto factus est vel fiat, et ipsi pecuniam dent, vel species... nec pretium acceperint, tunc eas tanquam suas vindicare illis liceat, licet hypothecas non habeant...*» Nov.136.3.

⁴⁵ SACCOCCIO, A., «La c. d. *datio in solutum necessaria* nel sistema giuridico romanistico», en Roma e America. Diritto romano comune», Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina, 14, Bogotá, 2002, pp. 37-39.

⁴⁶ Vid. CARDILLI, R., «La buona fede ome principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina», en Roma e America. Diritto romano comune 13 (2002) pp. 143 y ss.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

III. EVOLUCIÓN ULTERIOR EN EL DERECHO INTERMEDIO Y POSITIVO: EXCEPCIONALIDAD DE LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA

Posteriormente, este *beneficium dationis in solutum*, fruto de una reinterpretación y estudio de las fuentes romanas por parte de los glosadores y comentaristas⁴⁷ otorgaba un beneficio *ex lege* extraordinario a los deudores⁴⁸ que hacían uso de la *datio solutum necessaria*⁴⁹, aparece consagrado en el Fuero Real, 3.20.16: «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», según se infiere del fragmento el deudor puede pagar con otra cosa distinta sin que después se admita demanda al respecto.

En las Partidas también encontramos el reflejo del principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* en Partida V.14.3 que bajo la rúbrica «como deuen fazer la paga o el quitamiento e a quien y de que cosas» señala: *pagamiento de las debdas deue ser hecho a aquellos que las ha de recibir e deue se fazer de tales cosa como fuero puestas e prometidas el pleyto quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. Pero si acaescesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien*

⁴⁷ A la *datio in solutum necessaria* se ocuparon los glosadores y comentaristas del siglo XII al XVI, si bien es de destacar los trabajos de Baldo de Ubaldis y Jasón Maino quien después de subrayar la vigencia de la regla romana *nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*, estudia más de veinte casos de excepciones del digesto, IASO MAYNI, *In secundam Digesti veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1622 ad. D.12.1.12.1, fol. 7 un. 9. Citado por SACCOCCIO, A., *La c. d. datio in solutum necessaria...* p. 45. BLANCH NOUGUÉS, J.M.^a, «Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», *RJUAM* 21(2010), pp. 33-53, 48 ss.

⁴⁸ LUDOVICO PONTANO estableció como requisitos del *beneficium* para las deudas pecuniarias, que el deudor no solo declare que no tiene liquidez monetaria sino que pruebe dicha situación de forma adecuada y el deudor no tenga bienes muebles y que transfiera la propiedad de los bienes inmuebles, así lo afirma en *Consilia sive Responsa*, Venetiis 1581, Consilium 158, fol. 108, el a. inspirándose en una controversia entre T. *Spinalis* y *Iacominus*.

⁴⁹ En el Derecho germánico encontramos el empleo a esta dación en dos leyes del siglo séptimo y noveno la *Lex Ribvaria* XXXVI.11 y la *Saxonum* LXVI vid. VILLA ROSAS, G., «La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas», en *Revista de Derecho privado RDP* 20 (2011) p. 49-101. El autor considera que existieron opiniones divergentes sobre el instituto que venimos analizando, en particular en lo que concierne a la falta de unanimidad sobre el contenido de la pretensión de satisfacción sobre la *datio in solutum necessaria* hizo que el concepto se desarrollara fuera del marco de las fuentes justinianeas, en lo que concierne al Derecho germánico el a. trae a colación las leyes citadas como ejemplo de aplicación del *beneficium*. Como también nosotros hemos apuntado muchas de las medidas que también se adoptan en el medievo son debidas a las crisis económicas como apunta el a. en relación al §172 del *Recessus Imperii Novissimus* de 1654 se estableció que los deudores pudieran transmitir a sus acreedores sus bienes muebles o inmuebles en lugar de la prestación pecuniaria original. En este periodo hubo respuesta favorable a utilizar de forma generalizada este *beneficium dationis in solutum*, a pesar de que podía estar justificado por razones coyunturales económicas y sociales. Vid. SACCOCCIO, A., «La c. d. *datio in solutum necessaria*... pp. 46-83.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

*puede dar le entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouviesse fecho pleyto de fazar alguna cosa e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto según su aluedrio del judgador del lugar. E deue pechar le el daño e el menoscabo que le vino por razón que non fizo aquella cosa, assi como prometio....*⁵⁰

Es evidente que las Partidas recogen⁵¹ la *datio in solutum necessaria* cuando concurren una serie de eventualidades y se produce de manera excepcional cuando el deudor se ve sometido a una serie de vicisitudes que impiden el cumplimiento normal de la prestación, ya sean de *dare* o de *facere*. Pero la Partida partiendo del reconocimiento del principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, permite la entrega de un *aliud pro alio*, cuando el deudor no pueda cumplir con la obligación primitiva, siendo irrelevante el consentimiento del acreedor y siempre bajo la autorización del juzgador.

El Código civil de Napoleón (1804) no contiene referencia expresa a la dación en pago voluntaria, y menos aún legal, sino que ésta se encuentra implícita, y sin que el acreedor pueda ser compelido⁵² a recibir un bien de igual valor o superior; este código ha inspirado el resto de Codificaciones europeas⁵³ e iberoamericanas⁵⁴, obedeciendo el mismo a la regla general que se

⁵⁰ SACCOCCIO, A., *Datio in solutum...* pp. 4908-4909.

⁵¹ También se recoge en la Partida VI.9.38 el supuesto del heredero que al estar gravado con un legado de bienes propiedad de un tercero, da cumplimiento a la entrega del mismo con la entrega de una suma equivalente del valor estimado de los bienes: «*conosciendo el heredero en juyzio que deue dar la manda que fue fecha a alguno si por auentura non la pudiesse luego entregar, el juez ante quien es fecha demanda en esta razón, deue dar plazo guisado a que la de. Mas si el heredero dixesse que aquella cosa que ouiesse mandado a otro el testador, era agena que la tuuiese tan cara aquel cuya fuese, que la non pudiesse comprar sinon por mucho mas delo que valia o si no la quisiese vender entonces dezimos que aboda que el heredero entregue a aquel a quien es fecha tal manda, dela estimacion della quanto pudiesse valer comunalmente*».

⁵² Art.1243: «*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*. El acreedor no puede ser constraído a recibir otra cosa que la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofertada sea igual e incluso mayor».

⁵³ Aunque se produce una exclusión de la dación en pago necesaria, la excepción a esta corriente se produjo con el ABGB austriaco de 1811 que la reconoce en su § 1414 y que permitía un *aliud pro alio* en caso de imposibilidad sobrevenida que permite al deudor liberarse aunque no lo consienta el acreedor. El *beneficium dationis in solutum* desde ese momento evolucionará en las codificaciones civiles como facultad de cumplimiento equivalente *ex lege* o en su caso entregando el *id quod interest*, o se incorpora como mecanismo procesal ejecutivo que obligará a los acreedores a recibir la propiedad que se ha intentado subastar. En todo caso el BGB 1900 el fenómeno *pro soluto* fue codificado como un subrogado cumplimiento en el que el acreedor acepta una prestación (*Leistung*) diferente a la debida § 364. El italiano de 1942 recoge en cierta manera en su art. 1197 la formulación francesa. Si bien el código portugués contiene en su art. 837-840 una reglamentación más orgánica que la contenida en el código francés, siguiendo más el modelo elaborado por la doctrina alemana *vid.* al respecto SACCOCCIO A., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* ... p. 91.

⁵⁴ Sobre algunos aspectos de la recepción en los diferentes códigos europeos e iberoamericanos *vid.* SACCOCCIO, A., «*La c. d. datio in solutum necessaria...*», *op. cit.* p. 106 ss. VILLA ROSAS, G., «*La recepción*

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

aplicaba en el Derecho romano bajo el axioma «*aliud por alio invito creditori solvi non potest*⁵⁵», y por tanto *beneficium dationis in solutum* no tenía cabida en el Derecho francés, si bien, con anterioridad se había aplicado siempre ante circunstancias excepcionales⁵⁶. Por ello, el cambio de orientación deja su huella en el proyecto de Código civil 1851 de García Goyena art.1089⁵⁷, cuya huella se consagra en el 1166 de nuestro vigente 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*». Lo cual implica el deber inexorable del deudor de cumplir lo que convino en el contrato, de modo que el acreedor ostenta el derecho a que se observe la regla de identidad y no queda privado de su derecho a la ejecución exacta de lo convenido, lo cual implica que el margen de tolerancia para cualquier disimilitud en la prestación sea mínimo⁵⁸.

Por tanto, en nuestra codificación, desaparece toda mención a una *datio in solutum necessaria* o legal⁵⁹, quedando tan solo la voluntaria⁶⁰ pactada con

de la datio in solutum... p. 77-97. GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 426 ss. BLANCH NOUGUÉS, J.M.^a, *Acerca de la datio in solutum necessaria...* p. 51ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*¹³, Thomson Reuters, 2010, p. 377-384. EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a 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 2011, 51, pp. 37-87.

⁵⁵ Paulo, 28 ad. ed., D.12.1.2.1: «*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*».

⁵⁶ Entre otros aspectos se tenían que dar como requisitos: que el deudor no poseyera dinero líquido y le resultara imposible procurárselo, sin su culpa; que éste no encontrara comprador para sus propios bienes, o de encontrarlo no se le ofreciera adquirirlo a un justo precio; el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción con el resto; medida a la que acudió frecuentemente el Parlamento Alemán en el año 1654 ante situaciones de crisis de los treinta años; si bien, entre los siglos XVI y XVIII autores como Alonso Guzmán, Juan Gutiérrez, o Francisco Salgado de Somoza, fueron favorables al uso de este instituto, como señala EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A., «Crisis económica»... p. 56; si bien a partir de los códigos como el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* de 1751, se produce un giro en la legislación según la cual se evita el compeler al acreedor a aceptar el cumplimiento de la prestación con un bien distinto de lo convenido.

⁵⁷ «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», GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil*, III, Madrid, Ed. Sociedad Tipográfica, 1852, p. 121.

⁵⁸ A ello obedece también el artículo 1157 del Código civil cuando señala: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*».

⁵⁹ Sobre la evolución y estudio *vid.* también PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas», *Revista de Derecho Patrimonial* 39, enero-abril, 2016, pp. 27-64.

⁶⁰ FINEZ RATÓN, J.M., «La dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, 4 (1995), pp. 1467 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

el acreedor que permita un *aliud pro alio*, normalmente derivado de supuestos de iliquidez del deudor. Por ello, el margen de tolerancia para la disimilitud es mínimo⁶¹, dado que la exactitud de la prestación comprende numerosas vicisitudes, si bien la dación en pago, constituye una excepcionalidad a la identidad del pago o cumplimiento.

Dicha excepcionalidad se ha recogido en la Ley Navarra del Fuero Nuevo en su art. 493º 2, FN⁶² donde se disciplina la dación en pago necesaria: «Asimismo el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la situación por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida», lo cual permite acudir a este mecanismo para extinguir cualquier cantidad derivada de cualquier contratación civil, mercantil y de consumo⁶³, si bien se establecen como requisitos: que la obligación objeto de extinción sea derivada de una cantidad dinero, que ésta se haya convertido en especialmente gravosa; en este sentido, ya hemos comentado que la dación en pago en Roma como vimos de Nov.4.3 y 120.6 estaba justificada por unas contingencias económicas y sociales que afectaban a los deudores y que provocaban la iliquidez del mismo, idea que también se plasma en la legislación foral⁶⁴; otro de los requisitos de la ley 493, 2º implica que la decisión judicial en la que se estime la justa sustitución, a petición de la parte deudora, de la prestación de dinero por la entrega de un bien diferente, deba ponderar si los bienes que se entregan son suficientes para cubrir la deuda; y finalmente, lo que es obvio: la entrega de un objeto distinto por la prestación de la cantidad debida, esto último también supone un *dare* o una *datio* de un objeto en propiedad como se infiere de la ley 495⁶⁵ del FN, lo cual implica la consumación de la dación y la extin-

⁶¹ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A., «Crisis económica» *op. cit.*, p. 43. Añade dos notas a la caracterización de la dación como su integridad y su indivisibilidad, como se infiere del 1157 y 1169 de nuestro C. civil.

⁶² En este sentido, en el Proyecto de Ley Foral de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, recogido en el «Boletín Oficial del Parlamento de Navarra» de fecha 13 de febrero de 2019 en la ley 495 se recoge la dación en pago necesaria señalando: «Dación en pago necesaria. El acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución atendiendo a la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes y a la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria».

⁶³ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A., «Crisis económica...», *op. cit.* pp. 63 ss.

⁶⁴ *Ibidem* p. 67 la a. señala que la dación en pago necesaria persigue la extinción de la obligación de dinero y no una modificación del contenido del contrato o la resolución de la relación, de esta forma se pretende atemperar, mediante la equidad el rigor del principio *aliud pro alio invito solvi creditore non potest*.

⁶⁵ «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en el que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

ción de la obligación de la cantidad, salvaguardando los derechos del acreedor ante posibles vicios jurídicos o materiales del objeto de entrega.

Luego es importante destacar la regulación que se hace en el Fuero con la impronta romana sobre todo por su carácter extraordinario que afecta a los supuestos coyunturales de crisis y que la configura con una ponderada valoración judicial que aquilata la equivalencia económica de los bienes que se propongan entregar en sustitución de la prestación inicial evitando al mismo tiempo que el acreedor goce de una posición económica desproporcionada que se pueda traducir en un enriquecimiento injusto.

IV. DACIÓN EN PAGO: APUNTE SOBRE LA DIRECTIVA Y CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS BANCARIAS

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que la propia dación hoy en día cumple un papel crucial en aras a limitar los problemas que se suscitan en torno al pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido en base al art. 1911 el patrimonio del deudor al poder responder con los bienes presentes y futuros, mientras la obligación no se extinga⁶⁶.

Ahora bien, podemos limitar y restringir ese poder de agresión del acreedor, lo cual implica que el deudor pueda liberarse de su obligación con determinados bienes; en un contexto marcado por aquellas familias que, aprovechando los bajos tipos de interés, suscribieron créditos que fueron incrementándose exponencialmente ante una situación de burbuja inmobiliaria, y que, como sabemos, provocó el endeudamiento drástico de las mismas con créditos hipotecarios que no podían ser asumidos por muchas de ellas.

Bien es verdad que el art.140 de la Ley Hipotecaria permite una dación en pago voluntaria al «*pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados*», si bien lo que se ha estado imponiendo *strictu sensu* es el art. 105: «*La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor*», establecida en el antes citado art. 1911 C.c.

⁶⁶ Se exceptúan los bienes que son inembargables arts. 605-607 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, estableciéndose en el 609 la nulidad en caso de que se haya procedido a realizar la misma y lo del art.1 del RD-ley 8/2011 medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa que impide el embargo de los ingresos mínimos familiares en su art.1.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Pero debemos permitir o buscar una forma de *fresh start* o régimen de segunda oportunidad para evitar la estigmatización del deudor-consumidor-insolvente y su exclusión social tras liquidar su patrimonio y lo que es peor, que quede condenado a que éste no pueda nunca reiniciar su actividad económica familiar o incluso empresarial dada la responsabilidad del art.1911.

En el caso de la hipoteca voluntaria o de responsabilidad limitada pactada en su escritura de constitución a la que alude el 140 de la LH, estamos limitando al acreedor no sólo por tener que ejecutar solo la hipoteca sobre el inmueble sino también perjudicando a éste porque debe asumir su riesgo de disminución patrimonial. Si bien la responsabilidad del deudor y la acción de su acreedor, por virtud de este préstamo queden solo limitado⁶⁷ al importe de los bienes hipotecados sin afectar al resto de bienes del patrimonio de su deudor.

Ahora bien, tras la crisis de 2007, miles de familias han tenido que soportar desahucios y otras vicisitudes que se han intentado paliar mediante medidas legislativas como el RD-ley 6/2012, de 9 marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, también conocido como «*Código de buenas prácticas*» CBP, recogido en anexo, que contempla la dación en pago pero solo para los deudores en umbral de exclusión⁶⁸ junto a la posibilidad previa de reestructuración de la deuda con limitación de intereses moratorios, la posibilidad de una quita de hasta el 25 % del capital, y en última instancia, es decir si falla la reestructuración de la deuda, es cuando entra en juego la dación en pago necesaria.

En ese anexo del RD que es donde se recoge ese Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, se establece que 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

⁶⁷ Es evidente que se trata de una limitación del 1911 en tanto en cuanto ésta se halle inscrita de forma expresa en el título de constitución de la hipoteca, de esta forma se evita que una entidad crediticia pretenda la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor cuando ésta ya había pactado la adjudicación previa del inmueble de conformidad con el 140 LH, *vid.* al respecto auto n.º 111/2010, de 17 de diciembre, de la AP de Navarra.

⁶⁸ Según se infiere de su art. 3.1 son considerados los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual y que permite incluso una moderación en el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo, como se indica en su art. 4.1.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor quedando definitivamente cancelada la deuda, lo cual implica 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. Asimismo, se recoge una cautela en relación a la situación de exclusión y es que se establece la posibilidad de que el deudor pueda permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Posteriormente, se promulga la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Esta disposición también recoge en su anexo el Código de buenas prácticas, si bien en la contratación del préstamo y créditos hipotecarios, limita previamente lo que se puede pactar, permitiendo en algunas condiciones que el deudor se desvincule de lo pactado e incluso paralizando ejecuciones, de modo que, como sostiene Sainz Cantero Caparrós⁶⁹, la admisión del principio *pro consumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor que la propia previsión de la dación en pago retroactiva⁷⁰. Esta ley tuvo su origen en la necesidad de establecer un control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, que en un contexto

⁶⁹ «La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el pacto de Zurbano hasta la ley 1/2013 de 14 de mayo: del *favor creditoris cum hypotheca* al principio del consumidor en el tráfico inmobiliario» en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Comares, Granada, 2014, p. 18.

⁷⁰ No considera la dación suficiente en ejecución ya que la modificación introducida en el 579 LE-Civil establece que: Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procederán a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de crisis coyuntural pudiera hacer que la postura de una entidad hipotecaria ejecutante provocara enriquecimiento injusto, cuestión que atenta contra el equilibrio contractual que se consagra en la directiva 93/13CEE⁷¹ y que se tradujo en la ley comentada.

En otro orden de cosas, es evidente que de alguna forma hay que acometer mayores esfuerzos para propiciar una «segunda oportunidad» o *fresh start* al deudor y que en España se ha ido acometiendo con medidas legales⁷², con el fin de evitar que este quede estigmatizado. En este sentido, se habla de una mayor flexibilidad del modelo americano donde el procedimiento de *bankruptcy* permite la condonación de deudas, «*discharge*» de conformidad con su cap. 7 o en su caso, la posibilidad de reestructurar la deuda mediante un plan de pagos si al deudor se le aplicara el cap. 13⁷³, modelo que también incorpora la dación en pago *deed in lieu of foreclosure*, siempre que no se logre una venta rápida o *short sale*.

Volviendo a nuestro entorno, en Europa el modelo de gestión de endeudamiento se percibe como un fenómeno social y desde un prisma sociológico-

⁷¹ Art. 3.º, 93/13/CEE «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». En este sentido puede verse la ST del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona procedimiento, de 7 de diciembre de 2016, en el que se apreció un comportamiento abusivo de la entidad, atentando ésta contra aspectos básicos en la contratación bancaria como la transparencia y la claridad al incluir cláusulas no negociadas y pre redactadas que implicaban importantes renunciaciones de derechos, tales como son los beneficios de división, excusión y orden, que a su vez vienen a equiparar al fiador con la figura del deudor hipotecario, sin que ello proceda.

⁷² Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que se convalidó por Ley 25/2015, de 28 de julio, establece su Disposición final tercera entró en vigor al día siguiente de la publicación. Según establece la Exposición de Motivos, la denominada legislación de segunda oportunidad tiene como objetivo: «permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluido de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer...». La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social introduce una modificación importante Respecto al Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios ya que se amplía el ámbito subjetivo, incrementándose el límite anual de renta de las familias beneficiarias, que se calculará con base en el IPREM anual de 14 mensualidades, incluyendo como nuevo supuesto de especial vulnerabilidad que el deudor sea mayor de 60 años e introduciendo una nueva forma de cálculo del límite del precio de los bienes inmuebles adquiridos. Adicionalmente, se introduce la inaplicación definitiva de las cláusulas suelo de aquellos deudores situados en el nuevo umbral de exclusión que las tuvieran incluidas en sus contratos. Además la ley amplía por un plazo adicional de dos años la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

⁷³ US Code Tit.11, modificado 2005-Pub. L. 109-8, title VIII, §801(b), title X, §1007(d), Apr. 20, 2005, Capítulos 7 sobre la «*liquidation*» y el 13 «*Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*», es decir la liquidación o, en su caso, el plan de ajuste para deudores con ingresos mensuales. En todo caso la aplicación de uno u otro capítulo puede estar condicionada al *means test*, donde se observa los ingresos del deudor en los últimos seis meses para verificar el promedio.

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

co⁷⁴ los problemas que se derivan del sobreendeudamiento del consumidor y más en relación a nuestra materia, por ello debemos traer a colación la reciente directiva 2014/17/UE de 4 de febrero del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores⁷⁵ para bienes inmuebles de uso residencial, por ello en su considerando 3 establece:

«Aunque algunos de los mayores problemas de la crisis financiera se produjeron fuera de la Unión, los consumidores de la Unión mantienen importantes niveles de deuda, gran parte de la cual se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial.... otras medidas compensatorias para aquellas situaciones en las que los riesgos subyacentes sean más elevados para los consumidores o en las que resulten necesarias para prevenir el endeudamiento excesivo de los hogares. Ante los problemas que la crisis financiera ha puesto de manifiesto, y con el fin de garantizar un mercado interior eficiente y competitivo que contribuya a la estabilidad financiera.»

En lo que concierne a nuestra materia, el artículo 28 de Directiva establece algunas cuestiones que debemos subrayar y que está claro van dirigidas a extinguir la obligación preexistente, sin dar origen a una nueva obligación, a través de la convención según la cual se produzca la sustitución de la prestación inicialmente debida por otra distinta. Cuestión esta que, dado que supone una modificación de las condiciones pactadas para el préstamo hipotecario, se enmarca en la de asunción de riesgos de las entidades de crédito.

En este sentido la directiva señala en su 28.1: *«Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución»*, luego obliga a las entidades financieras a facilitar a los consumidores información y explicaciones sobre todo en relación a las cláusulas y los aspectos del crédito, cuestión que exige a que las entidades asuman una fase precontractual con el deudor destinada a informar a éste último la carga económica y jurídica del préstamo; si bien

⁷⁴ ANDRÉS SANTOS, F., «Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo» en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.*, op. cit. pp. 123-124.

⁷⁵ La directiva se ha incorporado a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, publicada en BOE 16 de marzo 2019, la cual entrará en vigor en tres meses de conformidad con la disposición final decimosexta. Es de destacar la adhesión al Código de buenas prácticas en la DA^a11: Todas las entidades que a la entrada en vigor de esta Ley se encontrasen adheridas al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», regulado en el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de conformidad con la redacción vigente en el momento de su adhesión,.. se considerarán adheridas al mencionado Código en la redacción dada en esta Ley, salvo que en el plazo de un mes desde su entrada en vigor comuniquen expresamente a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional el acuerdo de su órgano de administración por el que solicitan mantenerse en el ámbito de aplicación de la versión previa que corresponda».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

como se observa en el 28 en caso de ejecución ulterior manteniendo una postura flexible y razonable. Pero es en el apartado 4 donde se da cabida a la dación en pago, sin limitar la libertad de las partes, si bien va referida a la voluntaria:

«Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.»

En relación a este artículo, y en lo que concierne a la dación en pago, no existe mención alguna en la ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que entrará en vigor en el mes de junio, dado que ya existía en la ley hipotecaria la posibilidad de pactar la dación a tenor de los artículos 105 y 140, con arreglo a los mismos, como ya hemos apuntado se podía pactar que la obligación garantizada se haga efectiva solamente con el bien hipotecado, limitándose la responsabilidad del deudor a ese bien. Esta *lege data* podía haber sido una oportunidad para hacer una regulación de la «dación en pago», sin embargo, se omite cualquier referencia a ésta, dado que los tres ejes principales de la misma van referidos a la información precontractual, la evaluación de la solvencia potencial del prestatario (art.10 al 12) y la transparencia en la comercialización de los préstamos inmobiliarios. Excedería de las presentes líneas hacer un análisis de esta ley, si bien queremos destacar que también recoge en su disposición adicional undécima la adhesión al Código de buenas prácticas, al cual ya hemos hecho referencia y que en cierta medida parece recoger algunos principios de la dación en pago necesaria romana, sobre todo a personas con riesgo de exclusión, ante la sintomatología de la crisis económicas y sociales que provocaban la desvalorización de los inmuebles, en el CBP aunque también se puede lograr una reestructuración de la deuda e incluso una quita, hemos visto que hemos visto que también se puede llegar a una dación en pago en la que la entidad queda obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado, tal y como se infiere de su apartado 3: *«La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor».*

V. REFLEXIÓN FINAL

A tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores y a modo de conclusión podemos señalar las siguientes reflexiones:

En primer lugar, hemos podido verificar como los problemas de hoy no son tan lejanos dado que existieron circunstancias que obligaron a la adopción

DACIÓN EN PAGO NECESARIA Y PROTECCIÓN DEL DEUDOR: BASES... ■

de medidas dirigidas a auxiliar a los prestatarios como vimos en relación a las guerras civiles sufridas en la época de César, en la que se acuerdan medidas legales como la *lex Julia de Pecuniis Mutuis*, con imposición unilateral a los acreedores para que acepten como pago la entrega de fondos.

Si bien las situaciones coyunturales de recesión económica marcarán las medidas legislativas y las políticas de auxilio a los ciudadanos por parte del emperador Justiniano, como vimos en las Novelas analizadas que trataron de garantizar un equilibrio prestacional entre las partes, acordando la dación en pago necesaria que obligaba a la aceptación *ex lege* en ese marco económico de crisis, para lo cual se estructuran de forma escalonada una serie de cautelas procedimentales en un intento por satisfacer al acreedor afectado.

Por ello se percibe con claridad que en momentos coyunturales cobra virtualidad esta medida excepcional, como es la dación en pago necesaria, ante la falta de liquidez y la recesión económica que se originaba al no poder los deudores encontrar compradores de sus inmuebles para, de esta forma, hacer frente al cumplimiento de la prestación monetaria.

Este *ius singulare*, como hemos visto, también se aplicó a los supuestos de las *venerabiles domus*, en las que también las *piae causae* afectadas podían en última instancia, y una vez agotado el procedimiento extrajudicial, la entrega del inmueble, conminando al acreedor a una aceptación pro soluto de los bienes ofrecidos por las mismas.

La dación en pago necesaria en la actualidad ha quedado inserta en cierta medida en el CBP bancarias como respuesta jurídica a las crisis económicas y a la insolvencia de muchos deudores hipotecarios, si bien en épocas de normalidad queda salvaguardada la dación convencional, por tanto es lógico que la *datio* necesaria se configure para situaciones de exclusión social.

La Directiva 2014/17 como hemos visto ha dejado la puerta abierta en su art. 28 a la existencia de dicho mecanismo, si bien en la nueva Ley 5/2019 no se hace alusión *ex lege data* a la dación en pago, de ahí que en el caso de la convencional haya que remitirse a la ley hipotecaria art. 140, o en su caso a la vía del CBP al haberse recogido en su disposición adicional undécima.

A mi juicio, considero que se podía haber delimitado la dación en pago necesaria dentro de su propio nicho coyuntural económico, esto es en la crisis y las situaciones justificadas de vulnerabilidad, sin embargo, sabemos que limitar la responsabilidad patrimonial universal tiene como consecuencia la carencia de los créditos. Es obvio que la dación en pago necesaria no puede, en todo caso, superar su ámbito propio que se enmarca en las vicisitudes económicas, umbral que las entidades financieras saben que es inconveniente para las mismas ya que de lo contrario provocaría la carencia de los créditos inmo-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

biliarios. Es un tema que tiene enorme enjundia y profusión que exige uniformización en el ámbito de la Unión Europea aunque se haya avanzado en aspectos tangenciales que obedecen en mayor medida a la reglamentación transnacional del crédito hipotecario.