

Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO EN TORNO A LA DACIÓN EN PAGO.
- II. DIFERENCIAS ENTRE PAGO *PRO SOLUTO* Y PAGO *PRO SOLVENDO*.
- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO.
- IV. EL CARÁCTER REAL DE LA DACIÓN EN PAGO.
- V. LA PRESENCIA DE UNA DEUDA Y EL *ANIMUS SOLVENDI*.
- VI. LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DEL ACREDITADOR Y DEL DEUDOR.
- VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ACTIVO INMOBILIARIO A LA ENTIDAD FINANCIERA:
 1. DIVERSOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA TRASLACIÓN DEL DOMINIO.
 2. LA PÉRDIDA DE LA COSA ENTREGADA POR EVICCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS.
- VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL VALOR DEL OBJETO ENTREGADO EN CONCEPTO DE DACIÓN EN PAGO:
 1. LA INFRAVALORACIÓN O SOBREVALORACIÓN DEL BIEN ENTREGADO.
 2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO HECHA EN FRAUDE DE ACREDITADORES.

IX. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN INICIAL.

X. LA SIMULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO.

XI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO EN TORNO A LA DACIÓN EN PAGO

De todos es sabido, y es una realidad cada vez más presente en los Registros de la Propiedad, que la dación en pago se ha convertido en nuestros días, en los que España se muestra afectada por una grave crisis económica, en una forma habitual de extinción de las deudas pendientes de pago. Las dificultades para amortizar los préstamos hipotecarios, concedidos por las Entidades Financieras para la construcción de viviendas, han empujado a los promotores inmobiliarios (y también a quienes han dedicado idéntico préstamo a la adquisición de un inmueble) a reclamar este proceso ante la falta de recursos monetarios para pagarlas. Con fines solutorios, entregan la promoción (pendiente de venta) o el suelo donde se pretendía construir, al correspondiente Banco o Caja de Ahorros acreedor/a. Todo ello pese a la presencia de otras medidas (por ejemplo, cadencias o ampliación de plazos) destinadas a soslayar los numerosos procedimientos de impago a punto de producirse (1). Y es que al sector inmobiliario le resulta más rentable adjudicar activos inmobiliarios a las Entidades acreedoras, que venderlos con un descuento sobre el precio inicial, ya que, si la cantidad obtenida por la venta no es suficiente para extinguir la totalidad del crédito, el promotor no podrá liberarse de su responsabilidad por la parte que no haya sido reembolsada al Banco o a la Caja correspondiente.

Los créditos destinados a la construcción de viviendas han ocupado en los últimos años un porcentaje muy alto de los créditos concedidos (aproximadamente un tercio) por las Entidades Financieras. Por este motivo la dación en pago se esté configurando como uno de los posibles instrumentos destinado a extinguir las deudas del sector inmobiliario. Ello a su vez está provocando

(1) Cfr. Decreto-Ley de 2/2008, de 21 de abril, sobre Medidas de Impulso a la Actividad Económica, cuya Disposición Adicional 2.^a se refiere a la «*No sujeción al gravamen establecido en el artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las escrituras públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria que se refieran a la ampliación del plazo del préstamo*». Se trata de una medida que pretende fomentar la ampliación del plazo de amortización de los créditos hipotecarios sin coste alguno, ni por parte de las Entidades Financieras, ni por parte de los Registradores y Notarios en materia de aranceles, en un plazo de dos años. Aunque en un principio el Ministerio de Economía y Hacienda pensó dedicar esta medida solo a aquellas familias con necesidades especiales, finalmente se amplió el ámbito subjetivo a fin de que pudieran acogerse a ella cualquier persona física.

que las Entidades Financieras acumulen un número excesivo de activos inmobiliarios en sus balances. Esta situación nos muestra la siguiente paradoja: mientras, por una parte, algunos Bancos y Cajas se desprenden de la propiedad de bienes inmuebles (usados como sucursales) para hacer frente al descenso de su beneficio en sus cuentas de resultados (2), por otra, acumulan activos inmobiliarios mediante los procesos de dación en pago con los que pretenden extinguir créditos impagados. Semejante situación ha obligado a las Entidades Financieras a crear sociedades específicas que (perteneciendo eso sí a su grupo) se dedican a la gestión y venta de estos activos inmobiliarios recibidos en pago de deudas pendientes. Y digo venta y gestión, porque la situación actual refleja un descenso en el valor de los bienes inmobiliarios, lo que permite plantear la siguiente reflexión a las Entidades Financieras: si no es más oportuno proceder al alquiler de tales activos antes que a la venta de unos bienes depreciados.

Ahora bien, para dar una respuesta oportuna a esta cuestión, no hay que olvidar la postura adoptada por el Banco de España en relación con la acumulación de activos inmobiliarios por las Entidades Financieras en un proceso de depreciación. A fin de compensar la citada depreciación, el Banco de España obliga a los Bancos y Cajas, que están llevando a cabo este tipo de operaciones (daciones en pago), a realizar las correspondientes provisiones dinerarias de riesgo. El motivo no es otro que procurar que el valor del activo inmobiliario presentado por la Entidad Financiera en sus cuentas, y el real de mercado, no afecte al balance de la Entidad acreedora, puesto que el valor real de los activos inmobiliarios es menor que aquel que tenían cuando se concedió el crédito al promotor inmobiliario para construir viviendas.

Hasta noviembre de 2009, el Banco de España exigía a los Bancos y Cajas una provisión del 10 por 100 del valor de tasación de los activos inmobiliarios que permanecieran en su balance más de un año. A partir de esa fecha se incrementa la provisión hasta el 20 por 100. Desde el 30 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, se revisan nuevamente los porcentajes. Se eleva hasta el 30 por 100 para los activos que permanecen en el balance de la Entidad más de veinticuatro meses, y se mantiene el 20 por 100 para aquellos que sobrepasen los doce meses (3). Estos incrementos, en cuanto a las cantidades

(2) Las Entidades Financieras están realizando operaciones de *lease back* para sus redes de oficina. Se trata de un contrato de *leasing* con el que el propietario vende un bien de carácter inmobiliario a una sociedad de *leasing*, encargada a su vez de cedérselo al vendedor en concepto de arrendamiento con opción de compra, ejercitable tras el transcurso de un tiempo determinado.

(3) La Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información

que tienen que provisionar las Entidades de Crédito (con activos inmobiliarios en sus balances), son un reflejo de la depreciación de valor de tales bienes en el mercado. Por ello, estas medidas persiguen proteger a tales Entidades de las posibles pérdidas derivadas de la venta de unos valores inmobiliarios depreciados (cuando el precio de venta sea inferior al de la tasación del inmueble), así como empujar a los Bancos y las Cajas de Ahorro a desprenderse de estos activos cuanto antes, sobre todo de aquellos bienes que permanecen en sus balances más allá de los doce meses, para evitar así un aumento paulatino de la provisión a realizar.

No obstante todo lo dicho hasta ahora, es cierto que la dación en pago surge también como instrumento para rebajar la ratio de morosidad que tienen las Entidades Financieras, lo que repercute positivamente en sus cuentas de resultados. No hay que olvidar que el Banco de España les obliga a provisionar (destinar unos recursos a cubrir el riesgo de insolvencia), con unos márgenes que aumentan progresivamente, conforme se prolonga el estado de morosidad de sus deudores (4). Tales exigencias a las Entidades acreedoras, en materia de provisiones de fondos con respecto a créditos hipotecarios morosos, se imponen

financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, introduce cambios con la nueva Sección IV. Bajo el título «Activos inmobiliarios adjudicados o recibidos en pago de deudas», establece lo siguiente en su apartado 32: *«El valor por el que deben ser reconocidos los activos recibidos en pago de deudas ...será el menor importe entre el valor contable de los activos financieros aplicados, esto es, su coste amortizado, teniendo en cuenta el deterioro estimado..., y en todo caso un mínimo del 10 por 100, y el valor de tasación de mercado del activo recibido en su estado actual ... El importe neto de ambos conceptos será considerado como el coste inicial del activo recibido»*. Añade el apartado 35 que: *«La antigüedad en balance de los activos recibidos en pago de deudas es un inequívoco indicio de deterioro. En ningún caso la entidad retrasará el reconocimiento de este deterioro, que, a menos que las ofertas recibidas indiquen una cantidad superior, no será menor que el resultante de elevar el porcentaje del 10 por 100 al que se refiere el apartado 32 anterior hasta los siguientes porcentajes: si el plazo desde la adquisición supera el año se exige un 20 por 100 de cobertura; si el inmueble permanece más de dos años, la cobertura se amplía a un 30 por 100. No obstante, se añade que: «Para los activos que permanezcan en balance más de 24 meses, las entidades dispondrán de procedimientos que aseguren la adecuación de los valores de tasación del mercado utilizados a las condiciones reales de mercado en la zona de ubicación de aquellos»*.

(4) Frente a las provisiones genéricas (de carácter contra-cíclico) que el Banco de España exige a los Bancos y Cajas por el mero hecho de conceder créditos (sea cual sea su naturaleza), tenemos las provisiones por morosidad (de carácter pro-cíclico). Las primeras han evitado un deterioro en las cuentas de resultados de las Entidades Financieras cuando ha comenzado a elevarse la *ratio* de morosidad. Razón: tales Entidades habían hecho ya provisiones por la mera concesión de créditos que posteriormente se convierten en morosos, lo que ha evitado tener que destinar nuevos recursos a fin de provisionar unos créditos que ya estaban dotados en sus correspondientes balances. Ahora bien, esta es una situación que protege a tales Entidades en un primer momento (cuando comienzan a producirse impagos). Pero, hoy en día, la posición de tales Entidades va cambiando paulatinamente, porque no se vislumbra un proceso de recuperación que haga disminuir su ratio de morosidad a corto plazo. Todo ello se podría traducir en una posible repercusión negativa en sus cuentas de resultados,

en función de la finalidad a la que se destina el crédito concedido (5). Hasta el 30 de septiembre de 2010, los créditos dedicados a la adquisición de viviendas conllevaban las siguientes operaciones: si el importe de la deuda pendiente era inferior al 80 por 100 del valor de tasación del inmueble que se pretendía adquirir, las provisiones serían del 30 por 100 de dicho valor de tasación, y su dotación se realizaría paulatinamente a lo largo de seis años. Sin embargo, si el importe del crédito concedido para la adquisición de una vivienda superaba el 80 por 100 de su valor de tasación, aunque se mantuviera la exigencia de una provisión del 30 por 100 de valor de tasación del inmueble, la dotación se debía llevar a cabo en los dos años siguientes a su concesión (6). Por otra parte, si lo que tenía pendiente la Entidad de Crédito correspondiente, eran créditos destinados a la adquisición de suelo urbanizable o a construir viviendas por parte de un promotor inmobiliario, la provisión exigida era del 100 por 100 del crédito concedido, cuya dotación debía ser realizada a lo largo de dos años (7). Quedaban fuera de la exigencia de tales provisiones aquellos créditos que hubieran sido objeto de una renegociación, siempre y cuando se aportaran garantías suficientes.

A partir de la entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, se produce un cambio en el apartado 17 de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre la provisión de fondos con respecto a créditos hipotecarios morosos. Las razones las manifiesta la propia Circular. Afirma que un reconocimiento indirecto de las garantías sobre activos inmobiliarios, mediante calendarios distintos, «resultaba parcial», y generaba «situaciones incongruentes que suponían tanto la falta de cobertura» de futuros quebrantos patrimoniales en períodos largos de tiempo «como la obligación de provisionar créditos al 100 por 100 a pesar de la existencia de garantías que minoraban la pérdida». Por otra parte, la presencia de distintos calendarios (uno largo y otro corto) daba lugar a que potenciales quebrantos en diferentes préstamos se provisionaran «en diferente proporción y con diversidad de plazos en función de su naturaleza». Asimismo, se utilizaban unos plazos muy amplios, que oscilaban entre los dos y los seis años, para realizar la dotación correspondiente, cuando el quebranto se podía producir en plazos más breves.

Para soslayar la problemática que la anterior regulación sobre provisión de fondos con referencia a los créditos morosos conllevaba, se han unificado los

si tienen que destinar nuevos recursos a dotar los créditos morosos porque se han agotado ya las provisiones genéricas.

(5) Vid. Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(6) Esta última regla se aplicaba también a aquellos créditos concedidos para la adquisición de suelo rústico. Se exigía que en el primer año se dotara el 25 por 100, y en el segundo el 75 por 100 del valor de tasación del inmueble.

(7) En cuanto a la manera de llevar a cabo la dotación, *ibidem*.

diferentes calendarios. Se pretende que la dotación del 100 por 100 de todo préstamo sea realizada transcurridos doce meses del impago. Ahora bien, tal y como afirma el párrafo *b*) del apartado 17 de la Circular 3/2010, en el caso de los préstamos hipotecarios se establece una reducción de la provisión en función del «*valor del derecho real ofrecido en garantía*». Se exige a la Entidad Financiera hacer una dotación por la diferencia existente entre la cuantía del crédito y el valor de tasación del activo inmobiliario. Sobre este resultado se deberá aplicar la correspondiente provisión (8).

Junto a la dación en pago, las Entidades Financieras disponen de otras alternativas para sortear la morosidad de sus clientes: la cesión de sus créditos. Ahora bien, hoy en día resulta complicado encontrar en el mercado un posible cesionario de tales créditos, ya sea a título individual o en paquetes, aunque a esta cesión se incorpore una quita del valor de los créditos, debido a los problemas de liquidez existentes que impiden financiar operaciones de esta envergadura.

Siendo esta la situación, la dación en pago aporta ciertas ventajas; sobre todo cuando el bien hipotecado tiene mayor valor que la deuda pendiente de amortización, o cuando no existen otras garantías que permitan cobrar el crédito moroso a las Entidades Financieras. Asimismo, no hay que dejar de valorar el hecho de que la dación en pago de deudas hipotecarias contraídas con las Entidades de crédito, evita recurrir a la vía ejecutiva para obtener la satisfacción del crédito, un medio que, desde el punto de vista económico, puede resultar perjudicial para la propia Entidad acreedora. El motivo de esta afirmación lo hallamos en que el empeoramiento de la situación económica provoca que la subasta recaiga sobre un activo inmobiliario depreciado. Esto dificulta el cobro de la deuda pendiente en su totalidad a costa del bien hipotecado, situación que obliga a recurrir a otros bienes del deudor de los que, en principio, puede carecer. Ante este inconveniente, si la subasta queda desierta por falta de postores, la Entidad acreedora puede estar interesada en que un auto judicial le adjudique el bien inmueble subastado; todo ello a la luz de lo previsto en el artículo 671 LEC que establece lo siguiente: «*Si en*

(8) Se minora el valor de tasación del inmueble en función de cuál sea su naturaleza. Si se trata de un préstamo hipotecario dedicado a la adquisición de una vivienda habitual terminada del prestatario, se pondrá una reducción del 20 por 100 de su valor; si es una finca rústica en explotación, y oficinas, locales y naves polivalentes terminados, se reduce su valor en un 30 por 100; si es una vivienda terminada, no considerada residencia habitual del prestatario, la reducción aplicada es de un 40 por 100; y de un 50 por 100 si estamos ante parcelas, solares y restos de activos inmobiliarios. Por ejemplo, si la deuda pendiente es de 90 y el valor de tasación del inmueble es de 100, habrá que reducir este último en un 50 por 100 si es una parcela. Por tanto, solo se tendrá en cuenta como valor de tasación 50. La diferencia entre la deuda pendiente y el valor de tasación del inmueble ($90 - 50 = 40$) es la cantidad sobre la que se aplicarán los porcentajes de las dotaciones que debe realizar la Entidad Financiera acreedora.

el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». No obstante, el deudor no se libera de la totalidad de la deuda, tal y como cabe deducir de lo previsto en los artículos 570 y 654 LEC. Razón: una cosa es que el bien hipotecado responda hasta el límite de la cobertura hipotecaria, y otra muy distinta que el exceso se extinga con la ejecución. Si la ejecución de la garantía no extingue el crédito del acreedor en su totalidad, sino solo parcialmente, se justificaría que el acreedor prosiguiera con la ejecución mediante el embargo ahora de otros bienes del deudor por la cantidad que le falte de amortizar, conforme a lo previsto en el artículo 579 LEC.

Por otra parte, cabría pensar que la dación en pago evita también los procedimientos de concurso de acreedores con el consecuente descenso de los procesos judiciales (9). Sin embargo, hay que matizar esta afirmación. La dación en pago no siempre soslaya el concurso de acreedores, sino que a veces procura la extinción tan solo de uno de los derechos de crédito pendientes de cobro mediante la dación en pago. Por consiguiente, hay que valorar la dación en pago realizada en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso de acreedores con una cierta cautela, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal (10), de 9 de julio de 2003, en materia de acciones de reintegración. Se trata de una situación similar a la que se plantea con los acuerdos de refinanciación anteriores a aquella declaración de concurso. Aunque a tales acuerdos, el Real Decreto-Ley de 27 de marzo de 2009 les aplica un régimen de blindaje, que la Disposición Adicional

(9) A la dación en pago se refiere también el párrafo tercero del artículo 100, de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Pero en este caso para prohibir que la propuesta del convenio de liquidación, una vez concursada una empresa, consista en «*la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos*». Es una medida que afecta tanto a la *datio in solutum*, como a la *datio pro solvendo*. Todo ello en relación con lo previsto en los artículos 43, 44 y 188 de la citada Ley Concursal, pues el citado artículo 43.2. permite que el juez autorice la enajenación o el gravamen de bienes y derechos singulares de la masa activa. Según PULGAR EZQUERRA (en «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, directores: Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J., La Ley, Madrid, 2009, pág. 653), la necesidad de liquidez de la empresa (de la entrada de *fresh money*) sería razón suficiente para que el Juez autorizase la enajenación de bienes singulares en un proceso concursal. Sin embargo, con la dación en pago no se producirían tales efectos, y podría suponer la ruptura del principio *pars conditio creditorum*. Todo ello incita a realizar daciones en pago preconcursales. Ahora bien, la autora (*ibidem*, pág. 660) sostiene que la prohibición de las daciones, como contenido de un convenio concursal, se puede defraudar convirtiendo el crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos. Hablaríamos de una dación en pago encubierta por cuanto el acreedor del crédito, aunque no recibe un bien concreto en concepto de pago de su deuda, se le incluye como socio de la sociedad concursada.

(10) En adelante, LC

Cuarta de la Ley Concursal define en los siguientes términos: «...tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo». Sin embargo en cuanto a estos se establece que: «En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
- b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente ... El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan..., y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
- c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores».

En definitiva, se pide que el acuerdo afecte a los acreedores que representen al menos 3/5 del pasivo, que exista un plan de viabilidad informado por un experto independiente que garantice el desarrollo de la actividad por parte del deudor y que se instrumente en escritura pública, para no estar sujeto a un proceso de rescisión.

Para finalizar esta breve exposición sobre las repercusiones económicas que la dación en pago tiene para el acreedor que recurre a ella, cabría añadir lo siguiente: la praxis bancaria permite al promotor inmobiliario, ante la imposibilidad de continuar con el pago de las deudas pendientes, recurrir a la dación en pago del activo hipotecado (*aliud pro alio*), a fin de extinguir sus deudas. No obstante, este activo puede ser de naturaleza diversa. La dación en pago puede tener como objeto pisos ya construidos o en proceso de construcción, pero también el propio suelo. Cuando la Entidad acreedora recibe suelo urbanizable en concepto de *datio pro soluto*, a fin de extinguir una relación obligatoria, se le aplica lo previsto en la Disposición Transitoria 3.^a, párrafo 2.^º, del Texto

Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008. Es un precepto que obliga a todo propietario de suelo urbanizable a vender o a edificar sobre dicho suelo en un plazo fijado por la Ley; plazo que ha sido prorrogado recientemente por el Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo, con el objetivo de que las Entidades Financieras dispongan de más tiempo para vender o para construir sobre el citado suelo, a la luz de cómo se encuentra hoy en día el mercado inmobiliario. Pasado el plazo fijado por el texto normativo, se procede a desclasificar el suelo urbanizable, y a convertirlo en suelo rústico, con el consiguiente desplome de su valor, y perjuicio económico para su propietario. La incorporación de esa Disposición Transitoria en la Ley del Suelo perseguía frenar la subida del precio de la vivienda. ¿De qué modo? Se pretendía evitar que el propietario retuviera el suelo a la espera de que los precios subieran, y con ese fin se adoptó esa medida. Ahora bien, puesto que la medida afecta a cualquier propietario de suelo urbanizable, cabe plantearse también la siguiente cuestión: ¿cómo va a repercutir que los Bancos y Cajas tengan suelo urbanizable en garantía de unos créditos pendientes de pago, que aún no son morosos? La razón de esta pregunta es la siguiente: las Entidades acreedoras se encuentran con la caída de valor de una garantía que antes estaba constituida por suelo urbanizable, y que pasado el plazo establecido por la norma, se convierte en suelo rústico. El valor del crédito superaría el valor ofrecido en garantía, lo que colocaría a las Entidades Financieras ante mayores riesgos.

II. DIFERENCIAS ENTRE PAGO *PRO SOLUTO* Y PAGO *PRO SOLVENDO*

Pese a que la dación en pago y la cesión de bienes son dos instituciones destinadas a satisfacer el interés del acreedor, existen claras diferencias que las distancian meridianamente. La ley 495 del Derecho navarro aporta la más sustancial al definir cada una de estas figuras: «*Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en 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*». Añade un segundo párrafo que se refiere a la dación para pago: «*La dación para pago solo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos*».

La jurisprudencia abunda en la idea manifestada por el Derecho navarro. La STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º) señala que: «*la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al*

acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (...), en tanto que (...) la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente (...)» (11). Por consiguiente, mientras la cesión de bienes atribuye la posesión de los bienes, con un poder de carácter personal, que autoriza al acreedor para efectuar la venta correspondiente, a fin de aplicar su importe al pago de los créditos pendientes, la dación en pago produce una traslación del dominio. La *datio* en pago es el título traslativo del dominio en favor de los titulares del derecho de crédito. Si bien es cierto que, aunque históricamente, la dación implica entregar una cosa distinta de la debida a fin de cumplir con una obligación (*aliud pro alio*), esto no significa que la prestación a realizar por el deudor tenga que ser siempre de dar. No existe óbice alguno para que la prestación sea de hacer o de no hacer, porque lo relevante de la dación no es la naturaleza de la prestación, sino el hecho de sustituir la prestación originaria de una relación obligatoria por otra distinta. Por este motivo se considera a la dación en pago como una *datio pro soluto o in solutum*, y no *pro solvendo*.

Que la dación en pago implique una traslación del dominio de un bien del deudor al acreedor no conlleva una obligación de rendición de cuentas, algo más propio del pago por cesión de bienes. Tal y como manifiesta la STS de 18 de noviembre de 1997 (FJ 3.º), «no basta el mero desplazamiento patrimonial para que nazca la obligación de rendir cuentas». Esta obligación se circunscribe más bien a los supuestos de gestión de negocios ajenos, algo que no se da en la *datio in solutum*.

Por otra parte, queda claro, tal y como se deduce del artículo 1175 del Código Civil, que la cesión de bienes no puede ser considerada como un medio de pago o como una de las causas de extinción de las obligaciones. Razón: por sí sola no produce este efecto. Los bienes cedidos actúan como una sustitución del cumplimiento, siempre y cuando su liquidación dé lugar a una cantidad suficiente para extinguir la deuda. Pero, aun siendo así, no es la propia cesión la que libera al deudor, sino la entrega del importe líquido de los bienes cedidos

(11) En el mismo sentido, las SSTS de 9 de diciembre de 1943, de 13 de marzo de 1953, de 1 de marzo de 1969, de 3 de enero de 1977, de 7 de diciembre de 1983; 14 de septiembre de 1987, de 4 y 15 de diciembre de 1989, de 29 de abril de 1991, de 19 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, y de 1 de octubre de 2009.

en concepto de pago de la deuda. En este sentido, la cesión supone un encargo, mandato o comisión para que el/los acreedor/es liquide/n el activo que con ese fin se cede, a fin de repartir lo percibido y restituir el sobrante (si este existiera) al deudor. En consecuencia, tal y como ha manifestado la STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º), la *cessio pro solvendo* no extingue el crédito en su totalidad: «salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que esta solo libera de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos como expresamente previene el meritado artículo 1175 del Código Civil (...».

En consonancia con lo expuesto hasta ahora, cabría señalar que la adjudicación en pago de una deuda derivada de un proceso de ejecución hipotecaria (de acuerdo a lo previsto en el art. 671 LEC), por quedar desierta la subasta ante la falta de postores, parece que se identifica más bien con la *datio pro solvendo*, que no con la *datio pro soluto*; aunque el acreedor adquiere mediante la citada adjudicación el pleno dominio de los bienes entregados, y no su mera posesión en orden a su ejecución. El motivo lo encontramos en que la mencionada adjudicación de un bien en pago de una deuda, a quien ejerce la acción hipotecaria, extingue la relación obligatoria cuando el bien adquirido coincide exactamente con el importe de la obligación que se trata de cumplir judicialmente. No sucede lo mismo cuando el valor del bien adjudicado no cubre totalmente la deuda. Siendo esto así, cabría hablar de una extinción parcial de la deuda, razón por la cual el acreedor ejecutante puede continuar persiguiendo bienes del deudor, hasta proceder a la completa extinción de la deuda. No obstante, si, por el contrario, el bien adjudicado tiene un valor superior a la deuda que se trata de satisfacer, deberá consignarse la diferencia de lo ejecutado.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Pese al interés económico y jurídico que reviste la dación en pago, nuestro Código Civil no aporta ninguna regulación al respecto. Ni siquiera aparece en el artículo 1156 del Código Civil como causa posible de extinción de las obligaciones, tal y como sí lo hace el Derecho navarro, que sitúa la ley 495 (dedicada a regular la dación en pago) en el Capítulo II referido al cumplimiento y a las causas de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, la dación en pago es una figura que ya estaba presente en el Derecho Romano (12), y que se reconoce y regula en otros ordenamientos de nuestro entorno. Ejemplo de ello nos lo dan los artículos 1197 y 1198 del

(12) D. 44, 4, 4.: *In solutum accipere, in solutum, pro soluto dare.*

Codice civile italiano (13), o, en el Derecho alemán, el §364 del BGB (14), de los que se extrae la misma conclusión: el deudor puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida cuando el acreedor presta su consentimiento para ello. Se trata de una figura jurídica que el *Codice civile* sitúa dentro del capítulo dedicado al pago en general, bajo el nombre *prestazione in luogo dell'adempimento* (como si se tratara de una modalidad de pago), mientras que el BGB lo hace en la sección encargada de determinar cuáles son las causas de extinción de las relaciones obligatorias.

Que nuestro Código Civil no reconozca expresamente la dación en pago (con su correspondiente régimen jurídico), no implica que se haya olvidado de ella, o que no la admita, pues sí la menciona en diversos preceptos (por ejemplo, arts. 1521, 1636 y 1849 CC). Ello conduce a la siguiente reflexión: la falta de regulación de la dación en pago no es óbice para que, al amparo del principio general de autonomía privada previsto en el artículo 1255 del Código Civil, se admita esta figura con fines solutorios. En este sentido cabría sostener la naturaleza dispositiva del artículo 1166 del 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*» (15). Es un precepto que aplica el principio *aliud pro alio invito creditore solve non potest*, salvo que el acreedor acepte lo que el deudor le ofrece en pago de la deuda pendiente. Por consiguiente, nada obsta para que el *accipiens* pueda ver satisfecho su interés con una prestación

(13) Según el artículo 1197 del *Codice civile*: «*Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita.*

Se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno.

In ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi.

Asimismo, el artículo 1198 añade lo siguiente: «*Quando in luogo dell'adempimento è ceduto un credito, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, se non risulta una diversa volontà delle parti (...).*

(14) Señala el § 364 del BGB: «(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs statt annimmt.

(2) Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllungs statt übernimmt.

Traducción: «(1) La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida.

(2) Si con la finalidad de la satisfacción del acreedor el deudor asume frente a él una nueva obligación, en caso de duda no debe entenderse que asume la obligación en lugar del cumplimiento».

(15) Cfr. artículo 1243 del Code francés, que señala lo siguiente: «*Le créancier ne peut contraindre de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique le valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.*

distinta de la prevista originariamente en la relación obligatoria. Sin embargo, es imposible admitir una dación en pago en contra de la voluntad del acreedor si nos atenemos a los términos previstos por el artículo 1166 del Código Civil. Siendo esto así, tampoco cabría hablar de una dación en pago impuesta por el juez a la luz de lo previsto en el citado artículo 1166 del Código Civil, tal y como parece reconocer la ley 493, párrafo segundo, *in fine*, de la Compilación Navarra (16), precepto que, frente a la dación convencional de la ley 495, establece que: «...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». Solo cabe hablar de una revisión judicial de las condiciones del contrato en el caso de que sea posible la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que, por otra parte, se debe observar siempre con cierta cautela por parte de los Tribunales.

La falta de regulación de la dación en pago por parte del Código Civil ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a discutir sobre su naturaleza jurídica, lo que ha generado diversas posturas; y, aunque no es mi pretensión hacer aquí un estudio exhaustivo sobre esta materia, sí parece oportuno examinar brevemente las tendencias más relevantes, en la medida en que tomar un camino u otro nos puede ayudar a solucionar los distintos problemas prácticos que plantea la dación en pago (17).

Comenzamos con la tesis que vincula la dación en pago al contrato de compraventa, y que procede del Derecho Romano. Ya observaba Ulpiano que *dare in solutum, est vendere*, motivo por el cual se consideraba que el *accipiens* tenía una posición muy parecida al comprador. El importe de la deuda de la dación en pago actuaba como el precio del contrato de compraventa, mientras que el bien entregado ocupaba el lugar del objeto de la compraventa.

Nuestra jurisprudencia ha recurrido a los preceptos dedicados al contrato de compraventa, no tanto para manifestar que la dación en pago conlleva una compraventa, cuanto para aplicar por analogía los preceptos de esta última, máxime cuando los artículos 1521 y 1636 del Código Civil se refieren indistintamente a la compraventa y a la dación en pago. En estos términos se ha manifestado la STS de 7 de diciembre de 1983 (Cdo. 2.º) en relación con la dación en pago: «bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en

(16) En adelante, Comp. Nav.

(17) Sobre el estudio jurisprudencial, vid. ALBALADEJO, M., «La dación en pago», en *Extinción de Obligaciones*, director: José Ramón Ferrández Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 429-442.

adjudicación en pago de deuda». Abunda en esta idea la STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º): «la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (...).» La STS de 30 de septiembre de 1996 (FJ 1.º) ha declarado también que la dación en pago es la «trasmisión consensuada del dominio pleno de las cosas en concepto de pago total por deudas pendientes, con sujeción a las normas de la compraventa, al carecer de normativa específica reguladora» (18).

Como bien matiza el Alto Tribunal en las sentencias anteriormente citadas, la falta de una específica regulación de la dación en pago en nuestro Código Civil es lo que propicia la aplicación analógica de las normas dedicadas al contrato de compraventa. Ahora bien, es cierto también que esta regla necesita ser adoptada con ciertas cautelas, ya que la aplicación de los preceptos dedicados a la compraventa no puede depender de nuestra decisión arbitraria. Por ello, la reciente STS de 1 de octubre de 2009 (FJ 2.º) ha señalado lo siguiente: «si bien se aplican por analogía normas de la compraventa, aunque es claro que no es un contrato de compraventa, ello no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación». En este sentido el Tribunal Supremo defiende la idea de recurrir a las normas previstas en el contrato de compraventa cuando resulte oportuno, pero en ningún caso con carácter general. «Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el artículo 1445 del Código Civil para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 pueden acordar esta forma especial del pago (...). Se aplica la normativa de la compraventa como analogía *iuris*, lo que no significa que todos los artículos deban aplicarse con exactitud, sino que son instituciones diferentes y permiten situaciones distintas» (19).

(18) Entre otras, vid. STS de 29 abril de 1991, de 19 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1993, de 2 de diciembre de 1994 y de 30 de noviembre de 2000.

(19) La STS de 1 de octubre de 2009 aborda el supuesto de la entrega de unos bienes en concepto de dación en pago de los honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, «pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no va

La solución que adopta el Tribunal Supremo resulta acertada desde el punto de vista del pragmatismo. No obstante, lo que hace es resolver qué normativa aplicar a una figura jurídica que carece de ella, pero sin determinar cuál es su verdadera naturaleza. No obstante, no debemos abandonar la lectura de los términos que las sentencias del Tribunal Supremo emplean, pues ellos nos muestran que la dación en pago está más cerca del pago que de la compraventa. En esta postura abunda el hecho de que la dación en pago se caracteriza no solo por entregar una cosa o transmitir derecho real sobre ella (aunque sea esta situación la más común), sino por pagar con una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio solvere*). Por ello, tal y como ya hemos manifestado en otro lugar, cabe hablar de entregar tanto dinero como cualquier otra cosa, o de hacer o no hacer algo en vez de dar una cosa (20).

Siendo esto así, la RDGRN de 10 de diciembre de 2007 (FJ 3º), al resolver si un arrendatario tiene los mismos derechos de adquisición preferente ante una venta que ante una dación en pago, a la luz de lo previsto en el artículo 1521 del Código Civil, viene a señalar (conforme a una doctrina más moderna) que, aunque la dación en pago es un negocio similar a la compraventa, cabe considerar aquella como un negocio atípico y convencional; un negocio donde la intención de las partes no es la de celebrar un contrato de compraventa que genere obligaciones recíprocas, porque no existe una *causa vendendi*. La función de la dación en pago es solo la de extinguir una obligación previa, en la que el crédito no tiene los caracteres del precio propio del contrato de compraventa previsto en el artículo 1445 del Código Civil, ya que su causa es una *causa solvendi*.

De acuerdo con lo expuesto, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han expresado la idea de que la dación en pago es una forma especial de pago. La STS de 30 de noviembre de 2000 (FJ 4.º) ha manifestado que la dación en pago es «aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago» (21).

La STS de 29 de abril de 1991 acerca también la dación en pago a la figura del cumplimiento de las obligaciones al expresar esta idea: «La dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente

contra la ley, ni la moral, ni el orden público». En el mismo sentido, vid. SSTS de 5 de octubre de 2006, de 13 de julio de 2007 y 3 de octubre de 2007.

(20) Vid. ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 426.

(21) SSTS de 5 de octubre de 1987; de 7 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, de 25 de mayo de 1999, de 27 de septiembre de 2002, de 21 de octubre de 2005 y de 19 de octubre de 2006.

se había establecido. El elemento fundamental consiste (...) en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada (...). Si nos fijamos, el Alto Tribunal se refiere al acto de cumplimiento de una obligación, motivo por el cual parece que dación en pago entraría más bien dentro de la esfera del pago, entendido este concepto en un sentido amplio.

Más precisa resulta ser la STS de 19 de octubre de 2006 (FJ 3.^º) al señalar lo siguiente: «La dación en pago (...) es una forma especial del pago o “subrogados del cumplimiento” (...): forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación. Por más que se haya dicho, no es una compraventa, aunque se pueden aplicar por analogía normas de la misma: produce los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación» (22).

Todo ello pretende atribuir caracteres propios a la dación en pago; como si se tratara de una modalidad de pago. En consecuencia, cabría calificarla como negocio (más que como contrato) atípico cuya finalidad sería extinguir (que no crear) una relación obligatoria. Esta posición parece ser la más cercana a la prevista en la ley 495 del Derecho navarro, que se refiere al objeto de la dación en pago como «cosa subrogada», y a lo previsto por la doctrina alemana de los subrogados del cumplimiento (23).

Por consiguiente, aunque no quepa considerar a la dación en pago como un pago en sentido estricto, sí parece oportuno hablar de ella como una sustitución del pago, lo que solventaría la exigencia de identidad de la prestación de los artículos 1157 y 1166 del Código Civil. De lo que se deduce que al deudor se le siguen requiriendo los mismos requisitos de capacidad y legitimación establecidos en el artículo 1160 del Código Civil.

No obstante, para justificar el cambio en el objeto de la relación obligatoria, ¿podríamos hablar de la dación en pago como una suerte de obligaciones facultativas? No. Hay que descartar esta idea, porque el consentimiento del acreedor, que permite el cambio de una prestación en una obligación facultativa, se realiza bajo una condición (que podría ser suspensiva): permitir al deudor extinguir la deuda de una manera distinta a la pactada para evitar su impago. Sin embargo, la *datio in solutum* libera al deudor solo cuando se entrega la prestación correspondiente. No se trata de facultar al deudor para liberarse de este modo (cuando así se pacta), algo que sí es propio de las obligaciones facultativas.

Cabe plantearse entonces la siguiente cuestión: ¿Podríamos hablar de la dación en pago como un tipo de novación objetiva en los términos previstos en el artículo 1203 del Código Civil? (24) Tampoco. Si esto fuera así, estaríamos

(22) En el mismo sentido, las SSTS de 5 de octubre de 1987, de 25 de mayo de 1999 y de 27 de septiembre de 2002.

(23) Sobre la dación como finalidad de pago en el BGB, vid. DI MAJO, A., *Dell'adempimento in generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 1994, págs. 340-342.

(24) Sobre el tema, vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957, pág. 753.

intuyendo siempre la presencia de un negocio novatorio previo o simultáneo a la entrega de la prestación. El pago sería el resultado de ejecutar una relación nueva: la que surge tras la novación. Pero esto no es así. Lo que la dación en pago extingue es una relación obligatoria, ya existente, pendiente de ejecución. Consiguientemente, la dación en pago no cumple los requisitos del artículo 1204 del Código Civil: no nace una obligación nueva que sustituya a otra (sino que solo se extingue la primera y única); ni coincide la intención de las partes con el esquema funcional típico de la novación, en su versión modificativa (25). En definitiva, la dación en pago no implica una novación porque no existe un *animus novandi* (26). Tal y como manifiesta la STS de 27 de septiembre de 2002 (FJ 2.º), «es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes, o *animus novandi* de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente (...); la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra». La STS de 29 de enero de 1999 (FJ 2.º) se manifiesta en el mismo sentido al decir que «la novación presupone sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva dispar, así como la voluntad de novar». Sin embargo, todo lo dicho no está presente en la dación en pago, donde existe un *animus solvendi*, pues la intención de la dación es la de extinguir una relación obligatoria sin que surja otra nueva. No existe una *causa novandi*, sino una *causa solvendi*.

Consecuentemente, la dación en pago de activos inmobiliarios a las Entidades Financieras no parece sostenerse en un proceso de novación, y sí en uno meramente de pago. La dación en pago no se basa en un previo negocio novatorio (con sus correspondientes efectos obligacionales) entre deudor y acreedor. La *datio in solutum* no es el resultado de la ejecución de un previo convenio novatorio. Implica pagar, y por ello se configura (a mi entender) como una modalidad de pago (27), que se deduce del artículo 1166 del Código Civil. No modifica la relación obligatoria, sino que sustituye el medio de extinción de la misma. Por este motivo parece oportuno hablar de la *datio in solutum* como acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se realiza mediante la entrega de una prestación distinta de la previamente

(25) En este sentido, la STS de 5 de marzo de 1965.

(26) Este mismo argumento sostiene la doctrina francesa (BICHERON, F.: «La dation en paiement», en *LGDJ*, París, 2006, págs. 102-104) para negar que la dación en pago constituya una novación en el artículo 1243 del *Code Civil* francés.

(27) Vid. D'ORS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 2002, págs. 26-27.

pactada (28). Cuando el deudor entrega unos activos inmobiliarios a la Entidad acreedora, realiza una atribución patrimonial para extinguir una obligación primitiva que tenía por objeto una prestación pecuniaria. La causa de esta *datio* se encuentra en la relación obligatoria previa. Cabría pensar incluso que mientras la *datio in solutum* actúa como medio de reparación (convencional) de un proceso de impago de la deuda por el *solvēns*, la novación se incluiría en los acuerdos de renegociación del crédito. Esta conclusión nos permitirá justificar a continuación el carácter real de la dación en pago.

IV. EL CARÁCTER REAL DE LA DACIÓN EN PAGO

Que la dación en pago no se constituya como una suerte de negocio novatorio nos permite negar su carácter consensual. Sí parece adecuado sostener el carácter real de la *datio in solutum*, porque su eficacia dependerá siempre de la entrega de una prestación distinta de la pactada en la relación obligatoria que se pretende extinguir. Esto es, la dación en pago se perfeccionará solo mediante la entrega del objeto. Es cierto que esta postura parece enfrentarse a la regla de consensualidad prevista en el artículo 1258 del Código Civil, donde lo excepcional es el contrato real, que ha de basarse siempre en un precepto que justifique tal naturaleza. Pero también lo es, que lo dispuesto en el citado artículo tiene como destinatarios los contratos en general, y la dación en pago no forma parte de esta categoría. La *datio in solutum* es un acto jurídico (tal y como lo es el pago) con eficacia real. No desprenderá efectos hasta que no se entregue el correspondiente bien, motivo por el cual hasta entonces se mantendrá viva la obligación primitiva (29).

Por consiguiente, la entrega de los activos inmobiliarios a las Entidades Financieras, a fin de extinguir los créditos pendientes, es un presupuesto necesario de eficacia de la dación en pago. Los Bancos y las Cajas no pretenden novar ninguna relación obligatoria, porque ello supondría mantener viva la deuda. Lo que pretenden es extinguirla, prestando su consentimiento al pago ofrecido por el deudor con una prestación distinta. Como consecuencia de ello su *ratio* de morosidad en el mercado disminuye, y dejan de hacer las correspondientes provisiones exigidas por el Banco de España, con la repercusión positiva que

(28) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 555.

(29) La STS de 19 de octubre de 2006 (FJ 1.º y 3.º) ya apunta la idea de la necesidad de que se entregue el bien correspondiente cuando se plantea el siguiente supuesto: se acuerda que si no se abonan unas cantidades pendientes de pago, los deudores cederán un inmueble en dación de pago por el total de la deuda a los acreedores. Pero, ni se paga la deuda ni se cede la finca que siguió en posesión de los demandados, quienes a su vez la transmiten a un tercero. Ante esta situación, el Alto Tribunal sostiene que subsiste la obligación dineraria inicial.

ello supone para su balance. Solo en el momento de la entrega de los activos inmobiliarios desprenderá efectos la dación en pago, y el acreedor extenderá la correspondiente carta de pago. Por consiguiente, el riesgo de la posible depreciación de valor del activo inmobiliario la asume el *accipiens* a partir del momento en que se entrega el bien. Lo que se traduce en la siguiente idea: a la luz de lo previsto en el artículo 1166 del Código Civil, la Entidad Financiera podrá negarse a recibir tales bienes devaluados, sin que el deudor pueda exigir ninguna responsabilidad al respecto (30).

Tema distinto a valorar será si cabe hablar de una posible responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de unos tratos o actuaciones preliminares (de unos contactos previos) entre deudor y acreedor, que abordan la dación en pago. Hablamos de *culpa in contrahendo* porque tales tratos no alcanzan la categoría de acuerdos (31). En tal caso se valorará el posible interés negativo o de confianza (la expectativa) generada en la figura del deudor por la Entidad acreedora.

V. LA PRESENCIA DE UNA DEUDA Y EL *ANIMUS SOLVENDI*

La pretensión de la dación en pago es extinguir una relación obligatoria. En consecuencia, la razón de ser de este medio de pago se encuentra en la presencia de un crédito pendiente de cumplimiento, ya que no se puede extinguir lo que no existe. Si la deuda se hubiera extinguido, la adjudicación de un bien no tendría como causa la dación en pago. Estaríamos ante un pago de lo indebido de los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, lo que permitiría ejercitar la *conductio indebiti*, a fin de cominar a restituir lo que se recibió indebidamente, o ante una mera donación. Por este motivo, el *animus solvendi* ha de estar presente siempre en toda *datio in solutum*.

(30) Cabría hablar de un pacto previo a la dación en pago como simple promesa.

(31) La STS de 23 de septiembre de 2002 (FJ 1.º) se refiere a un caso en el que el deudor y acreedor pactan la entrega de unas máquinas tras su correspondiente reparación. El Alto Tribunal señala que: «el documento (...) que se presenta como un negocio que arbitra una posible solución de la deuda pendiente» es «más bien (...) una propuesta de dación en pago (dación proyectada) que no se llegó a perfeccionar, al no cumplir la finalidad que justifica dicha figura jurídica de actuar como instrumento de efectiva satisfacción de la deuda insatisfecha con la transmisión de las máquinas, con las condiciones precisas, bien para permitir su utilización correcta y provechosa o para su realización económica mediante la venta en el mercado». Se considera que existió un contrato preliminar que contiene una condición, «que actúa como suspensiva y no se cumplió, de que la recurrente llevase a cabo por su cuenta las actividades necesarias para la puesta en marcha de lo entregado y de este modo se supeditó el negocio en sus efectos traslativos a que esto tuviera lugar y así pudiera adquirir plena eficacia vinculante, al depurarse (...) el impedimento que autorizaría pasar de la fase de interinidad contractual a la definitiva de obligación válida». Como no se sustituye la prestación con la entrega de la maquinaria, el acreedor puede reclamar la cantidad debida.

Tampoco se debe confundir la dación en pago con un pacto que obliga a extinguir una relación obligatoria mediante la ejecución de dos prestaciones diversas. Este es el supuesto que resuelve la STS de 4 de octubre de 1989, que niega estar ante una dación en pago cuando se pacta pagar un arrendamiento de servicios mediante la entrega de una parte en dinero y de otra en pisos. La entrega de los pisos no implica pagar algo distinto de lo pactado a fin de extinguir una deuda primitiva (que es lo que caracteriza la *datio in solutum*), sino el cumplimiento de lo acordado en el correspondiente contrato (32).

Queda claro pues que la dación en pago tiene su razón de ser en unas deudas pendientes de extinguir. Son ellas las que operan como causa de la transmisión de bienes que produce la dación en pago, y así debe ser expresado en el título que accede al Registro de la Propiedad para que aquella pueda ser amparada. La RDGRN de 11 de julio de 2007 (FJ 2.º) «no ofrece dudas que este elemento esencial del propio contrato traslativo (cfr. arts. 1261.3.º y 1275 del CC), ha de ser debidamente expresado en los títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1277 del mismo Código».

Que la dación en pago sea causa de extinción de una deuda, ha llevado a la jurisprudencia a considerar que el crédito debe ser cierto, tal y como lo es también el precio exigible en un contrato de compraventa, argumento que se deduce de la aplicación analógica de las normas de este contrato (33). Aunque se llega a la misma conclusión desde la perspectiva de la *datio in solutum* como modo de pago, en cuanto que es un presupuesto necesario para todo pago el de la presencia de un crédito cierto. La STS de 30 de noviembre de 2000 (FJ 3.º) abunda en esta idea: «que [el crédito] se extingue con la adjudicación de los bienes» y debe ser cierto, «lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación (...»).

Que exista una deuda previa que fundamentalmente la naturaleza solutoria de la dación en pago resulta indiscutible; pero parece oportuno sostener también que es necesario que el crédito que se pretende extinguir sea anterior, vencido y exigible (34). Al fin y al cabo la dación en pago actúa cuando existe un incumplimiento previo; esto es, cuando el deudor deja de hacer frente a las deudas que tiene pendientes con las Entidades Financieras.

Si la deuda no ha vencido, y el *solvens* procede a realizar una prestación distinta de la pactada, se plantean ciertas cuestiones. La entrega de un bien al acreedor por parte del deudor no es causa de la dación en pago de una deuda,

(32) Idéntica situación se plantea en la STS de 29 de abril de 1991 (FJ 2.º): «No puede confundirse la dación en pago con el pacto incardinado en un arrendamiento de obra en el cual parte del precio se debe satisfacer mediante la transferencia de la propiedad de determinados pisos (...»).

(33) SSTS de 7 de diciembre de 1983 y de 1 de octubre de 2009.

(34) SAP de Alicante (Sección 9.º), de 14 de marzo de 2007.

porque esta no resulta exigible aún. Aunque existe un *animus solvendi*, parece más oportuno hablar de novar. Existe un pacto implícito que les lleva a cambiar la prestación y el plazo de ejecución de la misma. Si, por el contrario, admitimos que existe una dación en pago (pese a que la deuda no ha vencido), cabría presumir que además de renunciar el acreedor a la facultad que le aporta el artículo 1166 del Código Civil, se estaría renunciando también al plazo de cumplimiento del crédito, ya fuera (esta última renuncia) por parte del deudor, del acreedor o de ambos, un aspecto ínsito en la propia dación en pago.

Por otra parte, que la dación en pago tenga fines solutorios hace que la propia jurisprudencia reitere que ha de tratarse de un incumplimiento verdadero y propio (referente a la esencia de lo pactado), sin que baste aducir incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (35). En definitiva, se exige que el incumplimiento sea de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte interesada.

VI. LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DEL ACREDOR Y DEL DEUDOR

Uno de los requisitos sustanciales para que la *datio in solutum* sea válida viene dado por la presencia de la voluntad del *accipiens*. La STS de 2 diciembre de 1994 (FJ 6.º) lo indica con claridad: ha de constar «el consentimiento del acreedor para la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido». En la medida en que la dación en pago es contraria al aforismo *aliud pro alio invito creditor i solvi non potest*, se necesitará el consentimiento del *accipiens* a fin de derogar este principio previsto en el artículo 1166 del Código Civil.

El bien que sustituye la prestación de la relación obligatoria puede ser entregado al mismo acreedor o su representante, siempre que este último tenga no solo poder para recibir el pago, sino también para aceptar la sustitución de la prestación primitiva.

Junto al consentimiento del acreedor está presente también el del deudor. Aunque en este caso cabe desterrar el uso del término consentimiento para referirse a la voluntad del deudor. Es un término que nos reenvía al intercambio de voluntades, propio del ámbito contractual, cuando la dación en pago implica simplemente pagar. Resulta más oportuno hablar del ofrecimiento voluntario de un nuevo objeto, que el *solvens* hace al acreedor con el fin de cumplir con la deuda pendiente. Es la Entidad acreedora la que valorará positivamente (perteneciendo su consentimiento) el bien ofrecido en concepto de *datio in solutum*.

(35) SSTS de 30 de marzo de 1992, de 2 de julio de 1992, de 8 de febrero de 1993, de 24 de febrero de 1993, de 8 de noviembre de 1997 y de 22 de mayo de 2003.

Por supuesto, tal y como establece la STS de 28 de junio de 1993 (FJ 1.º), la voluntad del deudor para realizar la dación en pago debe ser clara, y en el caso de que aquella sea tácita «ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente». Por ello el silencio «solo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto. (...). El silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado solo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad». El silencio del propietario de unos bienes no sirve para dar eficacia a una dación en pago de deudas, pues esta es «un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito del que era titular», y «no puede equipararse a ese acto transitivo del deudor, la apropiación por el acreedor de los bienes del deudor de que se encuentra en posesión por otro título llevada a cabo por una decisión unilateral suya y sin previo consentimiento expreso del deudor, apropiación arbitraria y carente de todo fundamento jurídico».

No existe óbice alguno para admitir el pago por tercero en la *datio in solidum*. La RDGRN, de 11 de julio de 2007, reconoce la figura del tercero en este caso en cuanto que es una figura que sirve para liquidar deudas ajenas. Ello, siempre y cuando no olvidemos el valor que se da a la voluntad del deudor, a la luz de lo previsto en el artículo 1158 del Código Civil, que no tiene relevancia en cuanto a los efectos solutorios, pero sí ante la reclamación posterior del tercero. Por ello, el aspecto peculiar del pago por tercero viene dado por el objeto de reclamación de este al deudor. Cuando el tercero reclame *lo que hubiese pagado* al deudor (porque este ha consentido o ha ignorado este pago), no hay que olvidar que la deuda se extingue mediante la entrega de una prestación distinta a la acordada previamente entre deudor y acreedor, que este acepta. Consiguientemente, el tercero no podrá reclamar lo mismo al deudor si el objeto entregado no tiene un carácter genérico. Cabe pensar que el deudor presta su asentimiento para que la deuda la extinga un tercero, pero no para cambiar la naturaleza de su crédito. Por ello el deudor seguirá vinculado con el mismo crédito que tenía pendiente con su acreedor, aunque ahora sea con un tercero. Este no podrá reclamar nada distinto. No obstante, no existe óbice alguno para que este tercero (al igual que el acreedor primitivo) vea satisfecho su interés mediante la entrega de una prestación distinta a la que constituye el derecho de crédito, si así lo acepta.

VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ACTIVO INMOBILIARIO A LA ENTIDAD FINANCIERA

1. DIVERSOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA TRASLACIÓN DEL DOMINIO

Tal y como sostiene la STS de 2 diciembre de 1994 (FJ 6.º), se exige que «haya cesión del dominio pleno en concepto de pago total de la deuda» para que exista dación en pago. No se trata de ceder la posesión de un bien para el pago de unas deudas, sino de transmitir el dominio del objeto que se adjudica (36). Por ello se exige la capacidad necesaria de quien realiza esta operación y la libre disposición del *aliud* que se pretende entregar. Si bien es cierto que la transmisión del dominio es un presupuesto a tener en cuenta solo cuando el objeto de la *datio in solutum* es una prestación de dar; no así cuando aquel viene constituido por una prestación de hacer o de no hacer.

Cuando el deudor es un promotor inmobiliario, y este entrega una promoción a la Entidad acreedora, aquella (la promoción) puede estar afectada por unos contratos de compraventa de pisos, pendientes (total o parcialmente) de ejecución. El acreedor, quien recibe el dominio de los activos inmobiliarios mediante la *datio in solutum*, se convierte a su vez en cesionario de la totalidad de una relación obligatoria. Al *accipiens* se le transmite una posición jurídica compleja. Esta cesión alcanza todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, así como cualquiera de los aspectos accidentales (por ejemplo, el término o las condiciones) o excepciones inherentes a la obligación o de carácter personal (37), que aquel conlleve. Por consiguiente, se produce una subrogación en la posición del promotor con respecto a los compradores, lo que se traduce en la siguiente idea: se exigirá al nuevo dueño la terminación de la obra y su correspondiente entrega conforme a los parámetros establecidos en el contrato de compraventa. El cesionario asumirá la posición del cedente en materia de derechos y facultades que no sean personalísimos. Cosa distinta es sostener que las garantías prestadas por un tercero para asegurar el cumplimiento del contrato por el cedente se mantengan (por ejemplo, los avales aportados por una Compañía aseguradora de las cantidades entregadas a cuenta). Parece normal que se extingan tales garantías en el momento de la cesión, a menos que concurra el garante para confirmarlas y admitir su prórroga.

Si la dación en pago conlleva la cesión de un contrato de compraventa, la participación del contratante cedido (además del cedente y el cesionario) resulta sustancial. Parece meridiano, que la asistencia y el consentimiento de este último resulta indispensable para que el cedente pueda liberarse de unas obligaciones, que el cesionario va a comenzar a asumir tras la dación en pago. Este

(36) RDGRN de 3 de septiembre de 2008 (FJ 4.º).

(37) Cfr. artículo 1198 del Código Civil.

consentimiento (aunque sea posterior o anterior a los prestados por el cedente y el cessionario) actúa como elemento constitutivo de la cesión del contrato de compraventa. Mientras aquel falte, la cesión no desprenderá sus correspondientes efectos. Por consiguiente, cabe realizar la traslación del dominio de unos activos inmobiliarios en concepto de *datio in solutum*, pero no así el contrato de compraventa correspondiente si el comprador no presta su consentimiento. La cesión del contrato de compraventa se convierte en un elemento de eficacia de la dación en pago. Si no fuera así, el promotor seguiría vinculado con los compradores de unos activos que ya no son suyos en virtud de la *datio in solutum*.

En cuanto al aspecto formal de la dación de activos inmobiliarios en pago de deudas pendientes, reiterar que sus efectos se producen con la mera entrega de los bienes a la Entidad Financiera acreedora, aunque sea habitual proceder a realizar la *datio in solutum* mediante una escritura pública que accederá posteriormente al Registro de la Propiedad.

Respecto a los aspectos tributarios que la dación en pago conlleva no hay que olvidar que este acto jurídico es causa del Impuesto de Valor Añadido, cuyo montante deberá ser expresado en la escritura pública correspondiente. Ahora bien, a tenor de lo manifestado por el Tribunal Económico-Administrativo (vocalía 5.^a), de 15 de febrero de 2006, a los efectos de la aplicación del Impuesto de Valor Añadido, la dación en pago no va a ser considerada como una permuta. En consecuencia, aquella no se adapta a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, de 28 de diciembre de 1992, donde se establece lo siguiente: «*En las operaciones cuya contraprestación no consista en dinero, se considerará como base imponible la que se hubiese acordado en condiciones normales de mercado, en la misma fase de producción o comercialización, entre partes que fuesen independientes*». Por el contrario, el Tribunal considera que la dación en pago se acomoda a las reglas previstas en materia de compraventa a los efectos del pago del citado impuesto, reglas que, por supuesto, hay que traer a colación por analogía. Por este motivo, llega a la conclusión de que se debe aplicar el artículo 78 del citado texto legal, donde se establece que la base imponible del impuesto estará constituida «*por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas*». La norma jurídica se refiere a que es la cuantía de la deuda, que se pretende extinguir mediante la *datio in solutum*, la que se va a emplear como base imponible del impuesto, y no el valor del activo que se entrega en concepto de dación en pago.

En relación con el pago del impuesto sobre incremento de valor añadido (lo que comúnmente llamamos plusvalía), señalar que el artículo 104.2. del Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido regulador de las Haciendas Locales, señala que se tributa por la dación en pago de un inmueble, siempre y cuando tenga la consideración de urbano «*a efectos de dicho Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de que estén o*

no contemplados como tales en el Catastro o en el padrón de aquel. Esto es, no se tributa por la dación en pago de un inmueble de naturaleza rústica. Al aplicar por analogía las normas de la compraventa a la dación en pago, se deduce que el sujeto pasivo será el transmitente del bien inmueble, salvo pacto en contrario; esto es, el deudor que extingue su deuda mediante este procedimiento.

2. LA PÉRDIDA DE LA COSA ENTREGADA POR EVICCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

De los § 364 y 365 del BGB, se deriva la aplicación de las normas relativas a la evicción previstas para el contrato de compraventa, al mismo supuesto planteado en la *datio in solutum*. Como consecuencia de ello, si el acreedor, que recibe el objeto en concepto de dación en pago, lo pierde por evicción, no puede invocar su antiguo crédito, porque se considera que este ha quedado extinguido por el cambio del objeto. El acreedor tendrá los mismos derechos que el comprador: el derecho a obtener la correspondiente indemnización (38).

No existe ningún precepto en nuestro Código Civil que prescriba la aplicación de las disposiciones relativas al contrato de compraventa, en el caso de que el acreedor se vea privado por un tercero del bien atribuido en concepto de dación en pago. Por consiguiente, cabe recurrir tanto a la aplicación analógica de las normas que regulan la evicción en el contrato de compraventa, como a la figura de los vicios del consentimiento (error y dolo) para impugnar la dación en pago. Pero, en cualquiera de las dos soluciones propuestas, hay que traer siempre a colación la interpretación que debemos realizar del artículo 1849 del Código Civil, según el cual: «*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, quedará libre el fiador*» (39).

De una interpretación amplia del citado artículo 1849 del Código Civil se deduce que la relación obligatoria se extingue por la dación en pago, así como todos los derechos de garantía establecidos en favor del acreedor. En consecuencia, en el caso de que se pierda el objeto por evicción no revivirá el derecho de crédito, ni tampoco los derechos de garantía (40). El acreedor que acepta la dación en pago de una deuda asume el riesgo de la evicción íntegramente (41). Puesto que no renace el crédito originario, cabría aplicar por analogía lo previsto por el artículo 1478 del Código Civil, para permitir al acreedor solicitar

(38) Vid. ENNECCERUS, L.; KIPP, Th., y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., vol. 1.^o, t. 2.^o, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 316.

(39) Cfr. ley 495 Comp. Nav.

(40) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 558.

(41) *Ibídem*.

el saneamiento por evicción a su deudor, a fin de imponer a este último la restitución del valor de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos, los gastos del contrato y las costas del pleito.

Ahora bien, parece que la aplicación de las reglas relativas a la evicción previstas para el contrato de compraventa, resultan oportunas sobre todo si consideramos a la *datio in solutum* como una especie de negocio novatorio. Sin embargo, si, tal y como venimos sosteniendo, la dación en pago se acerca más a una modalidad de pago, cabría afirmar que la prestación inicial renace si la *datio in solutum* deviene ineficaz. La dación en pago estaría vinculada siempre a la correcta extinción de la relación obligatoria (42). Esta postura estaría en armonía con una interpretación estricta del artículo 1849 del Código Civil, que permita afirmar que lo dispuesto por este precepto constituye una excepción que solo afecta a la fianza, en cuanto garantía (43).

Por supuesto, lo expresado no es óbice para que el deudor y acreedor acuerden otras consecuencias distintas a la expresada, ante la pérdida del objeto por evicción. No procede, sin embargo, que el acreedor elija entre el restablecimiento del crédito primitivo o la oportuna indemnización por evicción. Ninguna norma le atribuye dicha facultad, tal y como sí lo hace el segundo párrafo del artículo 1197 del Codice Civil italiano, que en el supuesto planteado se exige expresamente una responsabilidad por evicción (y también por vicios ocultos), conforme a las normas previstas en la regulación del contrato de compraventa, salvo que el acreedor elija la prestación originaria (44). El legislador italiano reconoce la presencia de dos remedios: la responsabilidad por evicción, o permitir al acreedor afectado exigir la prestación originaria, elección (esta última) que, a su vez, podría desembocar en un resarcimiento por daño derivado del incumplimiento de la primitiva obligación.

En relación con los vicios ocultos del objeto entregado al acreedor, cabe recurrir a la figura de los vicios del consentimiento para impugnar la dación en pago. La STS de 22 de mayo de 2006 (FJ 2.º) así lo plantea cuando trata de valorar la presencia de un embargo anterior a la dación en pago. El Alto Tribunal manifiesta que «la cuestión que en realidad se plantea por la parte recurrente se refiere al carácter excusable o no del error padecido por la entidad crediticia en el momento en que aceptó como pago la atribución de titularidad de los bienes hipotecados, con la consiguiente cancelación, por confusión de

(42) Cfr. artículo 1198 del *Codice Civile* italiano (*supra* nota 13), que prevé el caso concreto de extinción de una relación obligatoria mediante la cesión de un derecho de crédito. En este caso se discute si el reconocimiento del crédito por parte del acreedor es un acto equivalente al de la garantía por su solvencia (vid. CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Comentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1997, págs. 1198-1199).

(43) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «El cumplimiento de las obligaciones», en *RDP*, Madrid, 1956, pág. 378.

(44) Vid. *supra* nota 13.

derechos, de las garantías hipotecarias constituidas sobre ellos, ignorando que ya se había producido el embargo de los mismos bienes para responder de distinta responsabilidad y que el mandamiento para la anotación de dicho embargo ya había sido presentado en el Registro de la Propiedad cuando la actora consintió en ello aunque no se hubiera extendido aún la anotación en las correspondientes hojas registrales. Se sitúa por tanto la discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada en el ámbito de la interpretación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, ya que el primero considera nulo el consentimiento prestado por error y el segundo exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes», pero «se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil (...), en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el art. 1484, *in fine*, del Código Civil para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar». En este sentido, «la excusabilidad del error ha de ponderarse desde el ángulo de la *bona fides* y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico, teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error (...) tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte».

En consecuencia, para que el error sea invalidante del contrato se requiere la concurrencia de dos requisitos fundamentales: ser esencial, porque tal y como afirma la STS de 12 de noviembre de 2004, «la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de este»; y que el error no sea imputable a quien lo padece, «pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración». Por ello, en el caso planteado en la STS de 22 de mayo de 2006 se valora la presencia del error excusable, en cuanto que el transmitente del bien en concepto de dación en pago no puso de manifiesto la existencia del embargo anterior pendiente de anotación en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, desde la propia Notaría se solicitó información al Registro de la Propiedad sin que se advirtiera la existencia de los embargos.

Los mismos no constaban anotados en el momento en que se materializó el negocio de dación en pago. Todo ello, en relación con el principio de confianza e incluso con la inexistencia de perjuicio para el tercero embargante, pues cuando presentó ante el Registro de la Propiedad la traba para su constancia, lo hizo sobre unos bienes que aparecían hipotecados en favor de la entidad hoy actora en garantía de su crédito, lleva al Alto Tribunal a considerar que el error sufrido por la entidad crediticia no solo fue sustancial sino que, además, fue también excusable, lo que justifica que se pueda anular el consentimiento prestado.

VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL VALOR DEL OBJETO ENTREGADO EN CONCEPTO DE DACIÓN EN PAGO

1. LA INFRAVALORACIÓN O SOBREVALORACIÓN DEL BIEN ENTREGADO

La dación en pago implica una *solutio* llevada a cabo mediante la entrega de una prestación distinta de la originaria. La aceptación por el acreedor del nuevo objeto como modo de extinción de una relación obligatoria deroga uno de los requisitos objetivos de pago: la aplicación del principio de identidad de la prestación, requerido por los artículos 1166 y 1167 del Código Civil, que se recoge en el aforismo *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*. Todo ello implica que el *accipiens* renuncia a una facultad que protege la naturaleza de su derecho de crédito.

Ahora bien, cabe pensar también en otro elemento como aspecto que caracteriza a la dación en pago: no es requisito *sine qua non* valorar expresamente el *aliud* ofrecido al acreedor para sostener la eficacia de este medio de pago. Pero, se supone una valoración tácita, lo que permite afirmar que el objeto entregado en concepto de dación en pago representa el importe de la deuda insatisfecha, produciendo como consecuencia inmediata la extinción de la obligación (45). No obstante, en la praxis bancaria, se procede a la correspondiente tasación actualizada del activo inmobiliario que se pretende entregar en concepto de *datio in solutum*, a fin de delimitar cuál es el valor de mercado del bien ofrecido en pago de la deuda pendiente. Es un modo de determinar *a priori* si es factible o no la *datio in solutum* a la vista del montante de crédito impagado.

Sin embargo, pese a lo manifestado anteriormente, cabe preguntarse si no existe un enriquecimiento sin causa, una donación o una mera condonación parcial de la deuda, cuando la Entidad Financiera recibe un activo inmobiliario con un valor de mercado mayor al montante de la deuda pendiente; y viceversa, cuando se extingue una relación obligatoria mediante la entrega de unos bienes con un valor inferior al crédito impagado. Ambos casos son posibles. La pre-

(45) Cfr. artículo 1872 del Código Civil.

sión del impago compele al deudor a entregar unos bienes cuyo valor supera la cuantía de la deuda pendiente de pago. Razón: extinguir la relación obligatoria cuanto antes. En otro caso, es la Entidad acreedora la que está interesada en recibir unos bienes en concepto de pago total de una deuda, aunque aquellos estén minusvalorados en el mercado. Es un modo de dejar de hacer provisiones crecientes a causa de la presencia de un crédito moroso, que afecta de un modo claro a sus cuentas de resultados. Desde el punto de vista del balance de resultados que presenta toda Entidad Financiera, no parece interesar al *accipiens* una liberación parcial de la deuda cuando el valor del activo entregado es inferior a la cantidad impagada. Motivo para este razonamiento: a la presencia de un crédito moroso, que hace que la *ratio* de morosidad de la Entidad acreedora no disminuya, así como su correspondiente provisión de fondos, habría que añadir la correspondiente provisión de fondos que debe aquella realizar para paliar el riesgo de depreciación del activo inmobiliario que se incorpora a su balance de cuentas.

Desde el punto de vista fiscal, se aprecian las diferencias de valor entre el montante de la deuda pendiente y el valor del bien entregado en concepto de dación en pago. Existe una ganancia patrimonial, que estará sujeta a la tributación correspondiente, si el activo inmobiliario que se entrega a la Entidad Financiera correspondiente tiene un valor superior al crédito impagado. Implicará también una ganancia patrimonial, si lo que se produce es una condonación parcial de la deuda porque el valor del bien entregado es inferior al montante de la deuda pendiente.

2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO HECHA EN FRAUDE DE ACREDITORES

La dación en pago se constituye en un acto válido y eficaz si cumple con los requisitos expuestos anteriormente. Pero deviene ineficaz por el ejercicio de la acción rescisoria prevista en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil. Será posible la impugnación de la *datio in solutum*, cuando este acto se haya realizado en fraude de los acreedores. Por ello, debemos analizar todas aquellas daciones que actúan como instrumento para anticipar pagos o extinguir deudas no vencidas, sin olvidar la dación en pago de deudas ya vencidas. Tanto en un caso como en otro, la *datio* altera el patrimonio del deudor, en cuanto que reduce su capacidad económica. Por ello, hay que determinar en qué casos esta dación supone un perjuicio para el resto de acreedores a los efectos de ejercitarse la acción revocatoria del artículo 1111 del Código Civil. Pensemos en la entrega de un activo inmobiliario en concepto de dación en pago, con un valor muy superior al montante de la deuda pendiente, a cambio de extinguir una relación obligatoria. Aunque la extinción de la deuda supone una mejora sustancial en

la situación crediticia, merecen ser valorados los efectos de una dación en pago en un marco preconcursal, con el fin de determinar si este tipo de operaciones afecta al régimen paritario de los acreedores. Si con ella lo que se pretende es intentar liquidar de forma apresurada el patrimonio del deudor (46). En definitiva, la dación en pago supone disminuir la deuda y mejorar la solvencia del deudor, pero, a veces, se nos muestra también como fuente de un potencial fraude.

Que la dación pueda ser impugnada, implica observar este acto desde la perspectiva de la concurrencia de los requisitos exigibles para ejercitarse la acción rescisoria por fraude de acreedores. En consecuencia, la dación debe ser auténtica (y no simulada), porque aunque la simulación responda a la misma intención fraudulenta, la simulación conduce a la nulidad del acto, mientras que la dación en pago hecha en fraude de acreedores nos aboca a la ineficacia de un acto válido a través de la rescisión. Desde un punto de vista práctico se deducen claras diferencias entre la nulidad y la rescisión. Tal y como señala ALBALADEJO, mientras la nulidad resulta imprescriptible, el ejercicio de la acción revocatoria por fraude de acreedores del artículo 1111 del Código Civil (de carácter subsidiario) estará sujeta siempre a un plazo de cuatro años (47).

Asimismo, la dación en pago debe ser la causa del fraude de acreedores. Ahora bien, no es necesaria la presencia de un *animus nocendi* en toda enajenación para ser considerada (esta) fraudulenta. No se exige que el deudor pretenda dañar a los acreedores defraudados. Se requiere tan solo un resultado: no tener bienes suficientes para pagar las deudas pendientes (48). Por consiguiente, predomina el aspecto objetivo (la insolvencia) sobre el subjetivo (*consilium fraudis*).

Por supuesto, huelga decir que la insuficiencia patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, se ha de referir a la que resulta de la dación en pago, que es el acto que se pretende revocar. Por tanto, si en el momento de la *dato*, el deudor tiene bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas, y después no, no cabe hablar de rescisión de la dación en pago, aunque esta le permitiera al deudor recuperar la solvencia perdida.

(46) La STS de 4 de septiembre de 1992 (FJ 2.^º y 3.^º) aborda un supuesto donde se discute si la entrega de una finca en concepto de dación en pago por el deudor tiene como fin sustraer sus bienes a la acción de sus acreedores, y «enriquecerse torticeramente en perjuicio de la Mutualidad que presidía, vendiéndole un inmueble en pago de una deuda de valor muy superior al de tasación de aquella». Al respecto, el Alto Tribunal señala que aunque el importe de la deuda fuera muy superior al valor de la finca dada en pago, la Mutualidad, siendo consciente de las dificultades económicas que tenía su presidente (y deudor), acepta este pago «perfectamente lícito». Si la Mutualidad sostiene la validez de la transmisión realizada, aunque su presidente haya abusado de su representación (mediante la realización de un autocontrato), el perjuicio sufrido por la primera queda «fuera de lugar» en cuanto que es ella «la única legitimada para accionar con base en aquél».

(47) Vid. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 2002, pág. 968.

(48) Vid. MORENO QUESADA, B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1981, pág. 104.

A la luz de lo manifestado, cabría plantear si la Entidad acreedora, que recibe activos inmobiliarios en concepto de *datio in solutum*, a fin de extinguir un crédito hipotecario, recupera la garantía hipotecaria (y su rango correspondiente), ante la rescisión de la dación en pago en virtud de lo previsto por el artículo 1111 del Código Civil; si esta postura resulta admisible cuando el *accipiens* no ha cancelado registralmente la hipoteca, y debe reintegrar los bienes recibidos por fraude de acreedores.

Sobre la base de lo expuesto, cabría traer a colación lo previsto por el artículo 71 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, en materia de acciones de reintegración con respecto a aquellos actos de naturaleza preconcursal: «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». La Ley Concursal prescinde de si ha existido o no intención fraudulenta para rescindir un acto preconcursal (49). Solo analiza dos elementos objetivos: que el acto sea perjudicial para la masa activa y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (50). Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71.6 LC que declara lo siguiente: «*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho...*».

Se trata de un precepto que aborda la problemática derivada de la presencia de actos perjudiciales para la masa activa, en cuanto actos que implican una preliquidación del patrimonio del deudor. Tales actos afectan al funcionamiento de una empresa si provocan, por ejemplo, la desintegración de esta última. No obstante, cuando estamos ante un promotor inmobiliario, que entrega un activo inmobiliario en concepto de dación en pago a la Entidad Financiera acreedora, no se plantea el supuesto descrito anteriormente. Razón: el deudor se desprende de un valor estático de su patrimonio empresarial, y no de uno dinámico.

El perjuicio para la masa activa existe cuando se produce una reducción del activo, aunque esta venga acompañada de una minoración del pasivo, si el acto genera una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, como consecuencia de la reducción del patrimonio del deudor. No hablamos de

(49) Cabe señalar que, aunque la Entidad Financiera acepta la dación en pago para evitar verse inmersa en un posible proceso concursal, ello no es razón suficiente para presumir que aquella actúa con ánimo fraudulento, pese a que la Ley Concursal se refiere a los actos cercanos en el tiempo a la declaración de concurso de acreedores.

(50) La Ley Concursal contempla las acciones específicas del concurso de modo distinto a la rescisión prevista en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil, motivo por el cual se les atribuye regímenes diversos. Por ejemplo, el ejercicio de las acciones específicas del concurso no están sujetas a la condición previa de perseguitibilidad de los bienes, algo propio de la rescisión prevista en el Código Civil, que se caracteriza por su carácter subsidiario [SAP de Alicante (Sección 8.^a), de 9 de abril de 2008 (FJ 3.^º)].

operaciones neutras, sino de actos perjudiciales porque afectan al principio de paridad de trato a los acreedores. La rescisión afecta a aquellos actos, que aun siendo realizados sin intención fraudulenta, guardan una cierta proximidad con la manifestación externa de la insolvencia (51). Esto es así desde el momento en que se satisfizo el interés singular de un acreedor en perjuicio del interés conjunto de los demás acreedores, que comprueban cómo disminuyó el activo que les permitía atender su interés particular. Se busca recuperar el patrimonio del deudor salido en un tiempo inmediatamente anterior a la declaración de concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal, mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. En consecuencia, una *datio* en pago de un crédito permite a la Entidad acreedora cancelarlo (mediante el correspondiente apunte contable), pero a su vez podría ser objeto de una acción rescisoria si la Administración concursal probara que este acto perjudica a la masa activa (52).

Si la dación en pago deviene ineficaz, se procederá a la reintegración de los bienes entregados, y renacerá el crédito de la Entidad acreedora con el tratamiento concursal que le corresponda. Cuando el bien no se pudiera restituir por encontrarse en poder de un tercero, que ha actuado de buena fe o goza de una protección registral, el artículo 73.2. LC condena «*a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que [los bienes] tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal*». Si se «*apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa*» (53). Lo dispuesto por este precepto protege a los compradores de los pisos entregados en concepto de dación en pago a las Entidades Financieras.

Resulta insuficiente para apreciar mala fe que el acreedor simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza con el fin de sustraer bienes y perjudicar al resto de acreedores.

(51) Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que tiene que ver con el antiguo principio de retroacción de la quiebra

(52) La Ley Concursal establece una serie de presunciones *iuris tantum y iuris et de iure* en su artículo 71. No obstante, algún autor (GONZÁLEZ BILBAO, E., «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 219-220) aporta algunas nociones a tener en cuenta: sacrificio patrimonial injustificado, propio de las donaciones y transmisiones a título gratuito; perjuicio por falta de equivalencia entre la prestación y la contraprestación; daciones en pago perjudiciales para la masa activa; actos unilaterales del deudor que, aunque extinguen créditos vencidos, afectan a la *pars condicio creditorum*; y la enajenación de elementos imprescindibles para el buen funcionamiento de una empresa.

(53) Cfr. artículos 1295 y 1298 del Código Civil.

Finalmente, un párrafo tercero del artículo 73 LC añade que: «*El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado*» (54). Por tanto, parece que la Entidad acreedora no se verá perjudicada, en principio, por el ejercicio de la acción de reintegración, por cuanto que recupera su crédito actual y contra la masa, en su caso.

IX. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN INICIAL

Lo accesorio sigue siempre a lo principal. La aplicación de esta regla a la extinción de una relación obligatoria por dación en pago conlleva afirmar que también se extinguén sus garantías. No obstante, la ley 495 Comp. Nav. hace una precisión en cuanto a este tema: «*Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en 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*». Con estos términos parece hacer referencia a dos momentos distintos: el de la extinción del crédito y el que se refiere a la extinción de las garantías de cumplimiento del mismo.

En el Código Civil tenemos tan solo una referencia a la extinción de la fianza en su artículo 1849: «*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*». Una interpretación estricta de este precepto permite afirmar que la extinción a la que se refiere es exclusivamente la de la fianza. Ahora bien, parece oportuno sostener, con un argumento *a fortiori*, que la dación en pago de una deuda pendiente es causa de extinción del crédito y de todas las garantías (ya sean personales o reales) que aquél conlleve, con base en el citado principio de accesoria. Cosa distinta será que la dación en pago extinga parcialmente la deuda pendiente de pago. En este caso, no parece oportuno hablar de extinción de las garantías porque el crédito se mantiene vivo (55).

Una cuestión distinta a tratar es la de si las garantías (ya extinguidas) renacen cuando lo hace el derecho de crédito primitivo, ante la impugnación de la

(54) Se discute si el acreedor recupera un crédito ordinario (con su privilegio, si lo tuviere) que aparecerá en la relación de créditos de todos los acreedores, o si simplemente estamos ante un crédito contra la masa (GONZÁLEZ BILBAO, E., *ob. cit.*, págs. 222-223).

(55) Cfr. artículo 1860 del Código Civil.

datio in solutum. Si el *accipiens* asume el riesgo de la perdida de las garantías de cumplimiento del crédito cuando acepta la dación en pago, o si, por el contrario, no hacemos extensible a otras garantías (como puede ser la hipoteca) lo ya dispuesto por el artículo 1849 del Código Civil para el fiador.

Cuando una Entidad Financiera acreedora acepta activo inmobiliario en concepto de dación en pago, se extingue una relación obligatoria y la carga real (hipoteca) que aquella conlleva para garantizar su cumplimiento. Pero, como en cualquier otra situación en la que se extingue un crédito hipotecario, hay que distinguir entre la realidad extraregistral y la registral. La hipoteca se extingue desde el momento en que se transmite el dominio del bien inmueble al *accipiens*; esto es, cuando se produce la dación en pago. Todo ello con independencia de que se cancele o no el correspondiente asiento registral donde consta una hipoteca ya desvirtuada.

Siendo esto así, cuando la Entidad Financiera inscriba su derecho adquirido mediante la dación en pago en el Registro de la Propiedad, se podrá tener en cuenta el artículo 190 del Reglamento hipotecario (56), que establece lo siguiente: «*Cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación, y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada.*» Se trata de un precepto que, aunque habla de confusión (figura prevista como causa de extinción de las obligaciones), parece estar pensando en la consolidación, causa de extinción de derechos reales. Al convertirse el acreedor en propietario del bien inmueble hipotecado a su favor, la naturaleza elástica del dominio hace que este reabsorba este derecho real. Esto es, el derecho real se extingue porque en una misma persona concurren la titularidad dominical y la del derecho real que lo grava (57).

Por otra parte, la situación que describe el artículo 190 RH no es una excepción al principio registral de rogación (art. 79 LH). Por consiguiente, la adjudicación en pago de una deuda del activo inmobiliario a la Entidad Financiera se inscribirá en el Registro de la Propiedad, pero no conllevará por sí sola la cancelación hipotecaria. Para proceder a esta cancelación se necesitará su petición, que se justificará en la propia consolidación, y que conducirá a la práctica de la nota marginal correspondiente (58).

Si esta cancelación no se llevara a cabo conforme al procedimiento señalado anteriormente, el mismo artículo 190 del RH indica que «*se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado.*» En tal caso, se tendrá que proceder a la correspondiente entrega de la carta de pago por parte

(56) En adelante RH.

(57) *Nemine res sua servit.*

(58) Vid. artículos 82 LH y 174 y 179 RH.

de la Entidad Financiera, titular del crédito hipotecario extinguido mediante dación en pago.

Ahora bien, ¿qué sucede si la Entidad Financiera no cancela la hipoteca? ¿Puede solicitar esta cancelación el titular de una segunda hipoteca con el fin de mejorar su rango?

Abordemos esta cuestión desde las consecuencias que se derivan de la posible impugnación de la dación en pago. Si hacemos extensible lo previsto en el artículo 1849 del Código Civil con respecto a la fianza a cualquier tipo de garantía, ya sea real o personal, estaríamos manifestando que, aunque se declare nula la dación en pago, las garantías nunca revivirán, con independencia de cuál sea su naturaleza, aunque sí lo haga el crédito que garantizaban. No obstante, si esta afirmación fuera cierta, habría que determinar el valor de una hipoteca no cancelada en el Registro de la Propiedad, en favor de una Entidad acreedora que observa cómo renace su derecho de crédito primitivo frente al deudor cuando la *datio in solutum* deviene ineficaz. Hay que tener en cuenta que a partir de este momento no cabría una cancelación hipotecaria. El crédito que garantiza renace y, por tanto, no cabe hablar de crédito extinguido. Estaríamos además ante una hipoteca que recobraría su virtualidad. Una hipoteca que seguiría desprendiendo efectos frente a terceros mediante la publicidad que le brinda el Registro de la Propiedad. Una situación distinta se plantea si, tras la dación en pago, se procede a la cancelación hipotecaria. Razón: la falta de efectos de la dación en pago no llevaría aparejado un renacimiento de la carga hipotecaria en favor del *accipiens*.

La relevancia práctica que contiene lo expuesto anteriormente, lo aporta el hecho de que pueda existir una segunda hipoteca sobre el bien inmueble entregado a la Entidad acreedora. Si la dación en pago deviene ineficaz, y la primera hipoteca no ha sido cancelada, el acreedor (que tiene atribuida esta garantía) mantendría su rango. No cabe la cancelación de la primera hipoteca sin cumplir lo previsto por el artículo 82 LH. En consecuencia, si el acreedor acepta la adjudicación de un activo inmobiliario (afecto a una segunda hipoteca) en pago de unas deudas pendientes, no le resulta ventajoso solicitar la cancelación de su hipoteca (59). Su cancelación supondría perder su rango. Aunque la reserva de rango tiene sentido solo si el renacimiento del crédito (cuando deviene ineficaz la dación en pago) conlleva también el de la hipoteca no cancelada registralmente. Siendo esto así, la carga hipotecaria se encontraría en un estado de latencia a la espera de proceder a su correspondiente cancelación registral.

(59) Todo ello dejando al margen todas aquellas cuestiones prácticas, derivadas de si a la Entidad Financiera le interesa más ejecutar su garantía hipotecaria sobre los activos inmobiliarios, que asumirlos con cargas hipotecarias, ya que esta última opción hace que el Banco o Caja asuma el riesgo de una posible pérdida de los bienes adjudicados por ejecución hipotecaria.

X. LA SIMULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO

Una dación en pago simulada se presenta en muchos casos cuando se incorpora un pacto de retro. Esto es lo que sucede en el supuesto planteado en la RDGRN de 24 de septiembre de 2007 (FJ 1.º): Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura por la que una sociedad hace dación «en pago de las deudas que otra sociedad tiene contraída con una tercera de una participación indivisa de una finca». Se realiza esta dación en pago con pacto de retro «de manera que la cedente retraerá la cosa si el deudor o cualquier otra persona paga la misma cantidad en el plazo pactado». La escritura se presenta en el Registro de la Propiedad, una vez transcurrido dicho plazo sin que se haya ejercitado tal derecho, y el Registrador deniega su inscripción porque considera que estamos ante un supuesto de simulación negocial; que este negocio encubre un pacto comisorio prohibido por nuestro Código Civil (arts. 1859 y 1884 CC) (60).

Si la verdadera esencia del negocio celebrado conlleva una simulación negocial, habrá que sostener la nulidad de aquel. Para que la dación en pago con pacto de retro no encubra un pacto comisorio, no se tiene que deducir de ella una transmisión de la propiedad con fines de garantía, ni la adquisición de aquella solo si se impaga la deuda garantizada. Ha de quedar claro que la transmisión de la propiedad del bien entregado actúa como pago de una deuda pendiente. Siendo esto así, la dación en pago con pacto de retro sería válida.

Abunda en esta idea la RDGRN, de 5 de junio de 1991 (FJ 4.º), que manifiesta lo siguiente: la dación en pago en estos términos «no tiene virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio; (...), no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e intervivos de los derechos reales (vid. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (...). Por consiguiente, no se admite la dación en pago con pacto de retro cuando la verdadera voluntad no es «provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación» (61).

(60) En el mismo sentido, las SSTS de 15 de junio de 1999 y de 26 de abril de 2001. También las RRDGRN de 30 de septiembre de 1998 y 26 de marzo de 1999.

(61) La RDGRN de 5 de junio de 2001 señala que: «si bien el Código Civil admite expresamente la hipótesis de compraventa con pacto de retroventa (arts. 1507 y sigs. CC), rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (...). Se aduce que en la venta con pacto de retro, «el vendedor que se reserva el derecho de recuperar no contrae por ello, y de presente, obligación alguna; se reserva una simple facultad jurídica cuya actuación se confía a su libre arbitrio durante el plazo que se

No obstante, también es cierto que, tal y como señala la RDGRN de 24 de septiembre de 2007 (FJ 2.º), aunque «la venta con pacto de retro ha sido vista frecuentemente con desfavor por encubrir a veces un pacto comisario; sin embargo, no puede presumirse ni la simulación ni el fraude de Ley cuando se realiza una dación en pago, aunque la misma sea con pacto de retro». El supuesto planteado considera que existen elementos contrarios a tal fraude: «el hecho de que el negocio sea de dación en pago de una deuda preexistente que se reconoce en la escritura, la circunstancia de que el retracto nunca llegó a ejercitarse, y (...) que el retracto se estableció, no a favor del deudor, sino del tercero que ha pagado por cuenta de tal deudor».

XI. CONCLUSIONES

- I. Que la dación en pago se ha convertido en un instrumento habitual de extinción de las relaciones obligatorias entre promotores inmobiliarios y Entidades Financieras, porque sirve para rebajar la *ratio* de morosidad de estas últimas. No obstante, la acumulación de activos inmobiliarios por parte de las Entidades acreedoras exige que estas realicen las correspondientes provisiones dinerarias derivadas del riesgo de la depreciación de valor de aquellos bienes en el mercado.
- II. Que no hay que confundir la dación en pago con la cesión de bienes, aunque ambas sean dos instituciones destinadas a satisfacer el interés del acreedor. Mediante la dación en pago el deudor transmite el dominio de un bien al acreedor, a fin de extinguir una relación obligatoria; mientras que la cesión de bienes supone un encargo, mandato o comisión para que el acreedor liquide el activo que con ese fin se cede.
- III. Que la *ratio in solutum* tiene carácter real, y no es el resultado de la ejecución de un previo negocio novatorio, porque no existe un *animus novandi* sino un *animus solvendi*.
- IV. Que la Entidad Financiera, que recibe el dominio de los activos inmobiliarios mediante la dación en pago, se convierte a su vez en cesionaria

estipule, y solo su ejercicio presupone y fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el artículo 1518 del Código Civil; en cambio, si quien transmite el bien, que era ya deudor, “acepta dos cambiales libradas por el adquirente”, cuyo importe “es idéntico al de la deuda anterior que se declara extinguida”, y si además su tenencia por el transmitente y deudor le permite ejercitar el derecho retracto”, ello pone de manifiesto “que la transmisión por adjudicación en pago es un negocio por el que bajo la apariencia de una causalización suficiente —la extinción de un crédito preexistente— se pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que la de servir de garantía a una obligación que, aunque se extingue, es inmediatamente sustituida por las incorporadas a las cambiales emitidas (...».

- de los contratos de compraventa pendientes (total o parcialmente) de ejecución.
- V. Que la impugnación de la dación en pago permite el renacimiento de la obligación inicial porque aquella está vinculada siempre a la correcta extinción de la relación obligatoria.
- VI. Que cabe la impugnación de la dación en pago preconcursal hecha en fraude de acreedores, si dicha dación, al reducir, la capacidad económica del deudor, afecta al régimen paritario de los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «La dación en pago», en *Extinción de Obligaciones*, director: José Ramón Ferrández Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 429-442.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 2002.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: «El cumplimiento de las obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956.
- BICHERON, F.: *La dation en paiement*, LGDJ, París, 2006.
- CIAN, G., y TRABUCCHI, A.: *Comentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1997.
- DI MAJO, A.: *Dell'adempimento in generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993.
- D'ORS, A.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 2002.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, Th., y WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguber, J., vol. 1.º, t. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 755-797.
- FINEZ RATÓN, J. M.: «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, págs. 1467-1527.
- GONZÁLEZ BILBAO, E.: «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», en *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 215-223.
- MORENO QUESADA, B.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1981.
- PÉREZ GURREA, R.: «No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, págs. 1385-1388.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, directores: Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J., La Ley, Madrid, 2009, págs. 619-663.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS de 5 de marzo de 1965.
- STS de 7 de diciembre de 1983.
- STS de 4 de octubre de 1989.
- STS de 29 de abril de 1991.
- STS de 30 de marzo de 1992.
- STS de 2 de julio de 1992.
- STS de 4 de septiembre de 1992.
- STS de 8 de febrero de 1993.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 28 de junio de 1993.
- STS de 2 diciembre de 1994.
- STS de 8 de noviembre de 1997.
- STS de 29 de enero de 1999.
- STS de 30 de noviembre de 2000.
- STS de 23 de septiembre de 2002.
- STS de 22 de mayo de 2003.
- STS de 12 de noviembre de 2004.
- STS de 22 de mayo de 2006.
- STS de 19 de octubre de 2006.
- STS de 1 de octubre de 2009.
- Tribunal Económico-Administrativo (vocalía 5.^a), de 15 de febrero de 2006.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de junio de 1991.
- RDGRN 11 de julio 2007.
- RDGRN de 24 de septiembre de 2007.
- RDGRN 3 de septiembre de 2008.

RESUMEN

**DACIÓN EN PAGO
CRÉDITO HIPOTECARIO**

La dación en pago se ha convertido en una herramienta habitual de extinción de relaciones obligatorias en un marco de crisis económica como el actual. Los Bancos y las Cajas de Ahorro necesitan reducir su ratio de morosidad para aportar unos balances positivos en sus cuentas de resultados, y ello lo consiguen, ante la falta de liquidez de sus deudores, mediante la datio in solutum.

Aunque la dación en pago de deudas pendientes carece de su oportuno reconocimiento y regulación en el Código Civil, cabe deducir su presencia de lo dispuesto por el artículo 1166 del Código Civil. El carácter dispositivo de este precepto permite afirmar que el cumplimiento de un derecho de crédito se puede realizar de manera distinta a la primitivamente pactada, si existe consentimiento por parte del acreedor. Esta afirmación ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a estudiar la naturaleza jurídica de esta figura, a fin de dar respuesta a los numerosos interrogantes que su presencia conlleva, y que hemos tratado de plantear en este trabajo. Cada una de las soluciones aportadas han sido valoradas siempre desde una perspectiva práctica, porque no debemos olvidar que la dación en pago es un instrumento jurídico de una importancia económica incuestionable.

Palabras clave: dación en pago, cesión de bienes y crédito hipotecario.

ABSTRACT

**DATION IN PAYMENT
MORTGAGE LOAN**

In today's setting of economic crisis, dation in payment has become a regular tool for settling relationships of obligations. Commercial and savings banks need to reduce their bad debt ratio in order to find positive balances in their P&L accounts, and this they manage to do by means of datio in solutum when borrowers lack liquidity.

Although dation in payment of outstanding debts lacks proper acknowledgement and regulation in the Civil Code, its presence may be deduced from the terms of section 1166 of the Civil Code. Because of the nature of section 1166, it may be affirmed that a creditor's right may be satisfied in a way different from the manner originally accorded if the creditor consents to an alternative arrangement. This assertion has led, in both doctrine and case law, to some study concerning the juridical nature of the concept of dation in payment in order to find an answer to the numerous questions that its presence entails. Such an answer is attempted in this paper. Each of the solutions furnished has been evaluated from the practical perspective, because dation in payment is a legal instrument of unquestionable economic importance.

(Trabajo recibido el 19-5-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)