

RESUMEN

TRANSMISIÓN DEL DOMINIO
EN LA CV
PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

En este trabajo pretendemos analizar la transmisión dominical en la compraventa, estudiando si el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad al comprador o simplemente obliga a entregar la cosa y mantener al comprador en su pacífica posesión, para ello se parte del Derecho Romano y se conecta con las vigentes disposiciones del Código Civil.

Se analiza también el pacto de reserva de dominio que es el pacto expreso por virtud del cual las partes acuerdan que la entrega o traditio no transmita la propiedad al comprador hasta el momento en que éste cumple definitivamente su obligación de pago, centrándonos en el estudio de su naturaleza jurídica, su delimitación conceptual, los aspectos registrales, sus efectos, así como los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

ABSTRACT

TRANSFER OF OWNERSHIP
IN PURCHASES
OWNERSHIP RESERVATION
ACCORD

This paper attempts to analyse the transfer of ownership in purchases, looking at whether the seller has the obligation to transfer ownership to the buyer or is simply obligated to deliver the thing and preserve the buyer's peaceful possession of the thing. The starting point is Roman Law, and connections are made with the current provisions of the Civil Code.

There is also an analysis of ownership reservation accords, which are express accords under which the parties agree that the delivery or traditio does not transfer ownership to the buyer until the buyer has definitively discharged his or her payment obligations. Focus is placed on the study of the legal nature of such accords, their conceptual delimitation, their registration-related aspects, their effects and the established criteria of case law on the subject.

1.7. Concursal Civil

DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HIPOTECADA Y PACTO COMISORIO

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. LA DACIÓN EN PAGO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO DE LOS CONSUMIDORES.—II. DACIÓN EN PAGO, CESIÓN PARA PAGO Y ADJUDICACIÓN EN PAGO.—III. EL PACTO COMISORIO.—IV. LA RATIO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO.—V. EL PACTO COMISORIO Y LA DACIÓN EN PAGO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DACIÓN EN PAGO EN EL ACTUAL CONTEXTO DE SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO DE LOS CONSUMIDORES

Es innegable que vivimos un momento de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores. En tales circunstancias, es fácil que el deudor bancario consumidor llegue a una situación en la que le resulte imposible hacer frente al cuadro de amortizaciones pactado con el Banco. Una alternativa que se le presenta al deudor en tales casos es ofrecer en su lugar *bienes por valor equivalente al importe adeudado*. Es decir, verificar una dación en pago. Según ADÁN GARCÍA se ha constatado en las oficinas registrales un considerable aumento de daciones en pago de la deuda hipotecaria contraída con las entidades de crédito. Éstas evitan de este modo la morosidad y acudir a la vía ejecutiva (1).

En otros ordenamientos (países anglosajones), la entrega del bien hipotecado al acreedor extingue la obligación garantizada y libera al deudor de responsabilidad, pero no ocurre así en el Derecho español. Teniendo presente que la Jurisprudencia admite las daciones en pago parcial [SSTS de 29 de abril de 1991, *RJ* 1991/3106 (2); STS de 18 de noviembre de 1996, *RJ* 1996/8639 (3); SAP de Alicante (Sección 7.^a) de 1 de febrero de 2002, *JUR* 2002/112215, SAP de Nava-

(1) Si un crédito se declara moroso, el Banco de España impone a las entidades de crédito la obligación de provisionar, esto es, destinar parte de sus recursos a cubrir el riesgo potencial de insolvencia. Con esta solución, patrocinada por la Asociación Hipotecaria Española, se consigue no aumentar la tasa de morosidad y que no se modifiquen desfavorablemente los ratios de solvencia. ADÁN GARCÍA, M.^a E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 509 y sigs.

(2) El TS admite que una entrega de bienes muebles a la acreedora en pago de la deuda derivada de dos letras de cambio, entrega aceptada voluntariamente por aquélla, ha de subsumirse no en una compensación, cuyos requisitos (art. 1196 CC) no concurren, sino en una especie de pago parcial integrador de la figura liberatoria que la doctrina ha constituido bajo la denominación de dación en pago, *datio in solutum*, figura que ya se caracterizó ante el silencio del Código Civil (si bien presupone este modo extintivo de la obligación en sus arts. 1521 y 1636, entre otros), por sentencia, entre varias, de esta Sala de 4 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6881) al decirse: «La dación en pago se produce cuando el acreedor acepta para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida la entrega de unos bienes distintos de aquéllos 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 se había establecido. El elemento fundamental consiste, según enseña la doctrina, en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada, es decir, algo distinto de lo inicialmente previsto *aliud pro alio*». En el caso de autos al no discutirse la aceptación voluntaria por parte del actor de esa entrega de muebles, se enerva el posible juego de lo dispuesto en el artículo 1169 del Código Civil. En definitiva, si bien no hay compensación parcial, sí es perfectamente viable que se acople esa entrega de los muebles con su correspondiente valoración [que se hará en ejecución de sentencia] al juego liberatorio del repetido *pago parcial por dación en pago*.

(3) Se trata de un caso de dación en pago parcial de inmuebles hipotecados, en que la otorgante de la dación pretende exigir una rendición de cuentas a la Caja de Ahorros acreedora. El Tribunal Supremo considera que al estar en presencia de una dación en pago y no de una cesión de bienes, tal rendición de cuentas no procede. La actora únicamente podía pedir la constatación del resultado económico: el saldo después de la impugnación, pero no dicha rendición de cuentas.

rra (Sección 2.^a) de 19 de abril de 2004, *JUR* 2004/151845 (4)], si el Banco considera que el valor del bien entregado no cubre el importe del crédito adeudado sólo admitirá un valor liberatorio parcial a la dación, y el deudor seguirá debiendo el importe restante (arts. 105 LH y 579 LEC) (5) (6). Sólo existe un supuesto en el que la responsabilidad hipotecaria se limita al bien dado en garantía. Es el caso del artículo 140 LH. La potestad de decisión última está pues en la entidad financiera, pues es necesaria su libre voluntad de aceptar el inmueble

(4) En este caso se trataba de la dación en pago de un inmueble hipotecado en pago parcial de unos préstamos hipotecarios. El recurso de apelación que plantean los deudores se basa en la discrepancia de criterio con el juez *a quo* en el sentido de admitir éste la dación en pago con eficacia extintiva parcial de la obligación para cuyo cumplimiento se efectúa la dación, considerando, en cambio, los recurrentes, que esa eficacia extintiva parcial la prevé el Código Civil (art. 1175) solo para la cesión de bienes, mientras que la dación en pago implica en todo momento y en todo caso eficacia extintiva total.

El recurso es desestimado. La Sala se inclina por el criterio del Juzgador *a quo*, por entender que cabe pactar una extinción parcial de la obligación, para lo cual se ceda en pago un bien, o parte alícuota del mismo o en *pro indiviso*. «Nada impide dicho pacto, válido conforme a lo que previene el artículo 1255 del Código Civil y Ley 7 del Fuero Nuevo, y al que expresamente no se opone la Ley 495.1.º del Fuero Nuevo, que contempla incluso la posibilidad de mantener por pacto expreso las garantías de la obligación. El Tribunal Supremo también admite la validez de la entrega de bienes en pago parcial (STS de 18 de noviembre de 1996)».

(5) Téngase en cuenta, la medida arbitrada por el Gobierno en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en el que se establece que cuando como consecuencia de una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, el producto de la venta fuese insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior, basada en el mismo título ejecutivo (escritura de constitución del préstamo), se incrementará la cuantía del salario, pensión, sueldo o retribución inembargable (que era el salario mínimo interprofesional), en un 10 por 100 más y en un 20 por 100 adicional por cada uno de los miembros del núcleo familiar que carezcan de ingresos propios regulares. En lo que los salarios, pensiones, retribuciones o sueldos del ejecutado, excedan del salario mínimo interprofesional, y en su caso, de las cantidades adicionales dichas, serán embargables conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 LEC. Esta medida, que trata de paliar la situación de sobreendeudamiento hipotecario de las familias, resulta insuficiente, pues el deudor hipotecario, *habiendo perdido su vivienda familiar, sigue sujeto al pago del crédito restante, viéndose abocado a un embargo de nóminas prácticamente a perpetuidad*, pudiendo recurrir a una clandestinidad financiera y económica. Resulta mucho más expeditiva la solución que arbitraremos en estas líneas.

(6) Como señala Mireia INSA, no es suficiente devolver la vivienda para cancelar la hipoteca si el valor de la vivienda es inferior al capital que falta por amortizar, al contrario de lo que sucede en otros sistemas financieros. En países como Estados Unidos, el hipotecado que no puede hacer frente a su cuota mensual de crédito, puede adjudicar al Banco la vivienda y liquidar así su deuda con la entidad acreedora, sea cual sea el valor de la vivienda. No se contempla así en España, puesto que si el Banco fija el precio del piso que recibe en pago de la deuda hipotecaria por cantidad inferior a la del préstamo, entonces el deudor queda debiendo la diferencia. A partir de dicha fecha, el particular deberá responder con otros bienes patrimoniales o con la nómina el pago del importe restante, que seguirá devengando los intereses pactados con las actualizaciones establecidas. Además el Banco —según la autora— no tendría por qué aceptar como valor de la vivienda para una dación en pago el que aparece en la escritura de hipoteca a efectos de subasta. Ese valor es a efectos de subasta, no un compromiso perpetuo de recompra a un precio pactado (INSA, Mireia, «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009, págs. 35 a 38.

como forma de pago, y en segundo lugar, de darse por satisfecha y otorgar carta de pago de la obligación, o reclamar mayor cantidad, considerando la dación un pago parcial (7).

Si el artículo 105 LH resulta una norma problemática, el pinchazo de la burbuja inmobiliaria y la práctica de las entidades bancarias ha agravado las consecuencias del principio que establece (la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor). Las entidades crediticias han estado concediendo créditos que han llegado al 100 por 100 y hasta el 120 por 100 del valor de tasación de los inmuebles (8) y en todo caso, aunque no llegase a tales límites, en un mercado inmobiliario *sobrevalorado*. Tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, las tasaciones de inmuebles se han reajustado a la baja, y las entidades crediticias no admiten la dación en pago como liberatoria de la totalidad del crédito, sino solo por el *importe equivalente al actual valor de tasación del inmueble*. Sin embargo, como defenderemos en estas líneas, los bancos deberían aceptar la dación en pago según la tasación inicialmente efectuada de la vivienda, que bastaba para garantizar el importe prestado, *pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de*

(7) Señala Mireia INSA que la utilización de la dación en pago como forma de extinción del crédito hipotecario debe partir de una propuesta del propio cliente ante el Banco o entidad financiera. Para aceptar la propuesta, el Banco realiza un estudio que recoja la situación de pagos, amortizaciones, etc., en la que se encuentra la hipoteca, *así como una nueva tasación del inmueble*. «Conviene también saber —señala— *que cuando es el Banco quien compra o recibe la vivienda en pago de una deuda, sus tasadores lo avalúan a la baja. De todos modos, el interesado siempre puede solicitar un tasador independiente*». Para realizar el estudio, el Banco generalmente requiere estar al corriente en los pagos de luz y agua, en los pagos de la Comunidad de vecinos y no tener ningún recibo de IBI pendiente. Generalmente los costes de la tasación y del estudio suelen correr por cuenta del cliente, mientras los gastos de la notaría son abonados según acuerdo de las partes. En el conjunto de esta operación también puede pactarse un contrato de alquiler para que el deudor hipotecario pueda seguir ocupando la vivienda como arrendatario (*op. cit. loc. cit.*).

(8) *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios relativo a la situación de endeudamiento y sobreendeudamiento financiero de las familias en la actual situación de crisis económica y del crédito*. 10 de febrero de 2009, págs. 3, 8 y 9. Según *La Gaceta*, un 3,3 por 100 de las hipotecas de la banca española superan el valor de tasación de la vivienda y otro 12,6 por 100 oscila entre esa barrera y el 80 por 100 del precio del piso, tope que el Banco de España desaconseja superar. Son datos de *junio de 2009*, pero los desveló el 30 de noviembre de 2010 el supervisor en la revista de «Estabilidad Financiera». El porcentaje anterior revela que el 84,1 por 100 de las hipotecas es préstamo *prudente*, inferior al 80 por 100 de la tasación y sube al 88,4 por 100 en promoción inmobiliaria. Un 53,7 por 100 está en manos de familias, y sólo el 1,5 por 100 en manos de extranjeros («El 16 por 100 de las hipotecas son osadas». *La Gaceta*, miércoles, 1 de diciembre de 2010). No está claro sin embargo, que el 84,1 por 100 de las hipotecas sean préstamo *prudente*, pues si la tasación sobre la que se concede el préstamo está sobrevalorada, se corre igualmente el riesgo de que la garantía no cubra el préstamo hipotecario ante una caída del precio de la vivienda. En el Dictamen del Consejo de Consumidores y Usuarios, antes mencionado, se señala que «*hasta el verano de 2008* en la comercialización de préstamos y créditos las entidades financieras han recurrido de manera generalizada y habitual a prácticas y fórmulas que han situado a los consumidores en una situación especialmente grave frente a una crisis que esas mismas fórmulas han propiciado: ...

— Concesión de importes que superaban el 100 por 100 de los valores de tasación (y llegando hasta al 120 por 100) en un mercado *de cuya sobrevaloración advirtieron reiteradamente el propio Banco de España y múltiples instituciones europeas e internacionales*».

la vivienda (9) y en la confianza de una posterior revalorización del inmueble por la expansión de la burbuja inmobiliaria, motivada, entre otros factores, por la creación incesante de dinero escritural (anotaciones en cuenta) a través de la concesión masiva de créditos. Las entidades crediticias eran conscientes de que concediendo préstamos con garantías sobre pisos sobrevalorados, si se producía el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, a la larga la garantía no cubriría el préstamo. Se perfilaría una situación abusiva por parte de la entidad bancaria si la dación en pago sólo se admitiese por el valor de tasación reajustado a la baja. Hay que tener en cuenta, además, que la dación en pago, favorece también a la entidad crediticia según hemos explicado antes (10).

A continuación expondremos los argumentos que fundamentan esta posición (11).

II. DACIÓN EN PAGO, CESIÓN PARA PAGO Y ADJUDICACIÓN EN PAGO

La dación en pago (*datio pro soluto*), no acogida expresamente por el Código Civil, aunque éste la da por supuesta en artículos como el 1459.5.º, 1521, 1536, 1636 y 1849, goza de un amplio reconocimiento jurisprudencial. La STS, de 19 de octubre de 2006, la define como «aquel negocio jurídico por el que el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación». En parecidos términos, las SSTs de 7 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1997 (12). Desde luego, es un negocio jurídico bilateral con causa onerosa, que implica una transmisión onerosa, en la que el

(9) Habría que fijar la fecha a partir de la cual se puede entender que se inició la burbuja inmobiliaria y las entidades crediticias tenían tal conocimiento, para aplicar a partir de entonces la solución que arbitramos en este trabajo, por lo menos, mientras exista una situación de caída generalizada de los precios, situación que es la que contemplamos en el presente estudio.

(10) «Esto es debido al estricto régimen de dotaciones contables de insolvencias (provisiones que penalizan la cuenta de resultados de la entidad, en tanto que la reducen en iguales importes) de tal modo que para esa tipología de acreedores (bancos) se hace preferible hoy la adquisición presente del bien (con quita de parte de la deuda, si fuera menester) que la potencial adjudicación futura, tras la subasta judicial de ese mismo bien, que acabaría adjudicado en pago, soportando al mismo tiempo la provisión contable del 100 por 100 de la deuda impagada (Deuda provisionable = principal + intereses – indemnización)». GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, miércoles, 20 de enero de 2010, núm. 7324).

(11) La dación en pago, por otro lado, es el instrumento jurídico más utilizado con los extranjeros insolventes, carentes de arraigo en territorio nacional, que no poseen otros bienes. En la práctica los bienes hipotecados constituyen su único patrimonio, de modo que *de facto* jugaría el artículo 140 LH, pues el 1911 del Código Civil no alcanza más allá del inmueble hipotecado. No responde a criterios de justicia que *de facto*, juegue para la población inmigrante el artículo 140 LH, y la población autóctona quede sujeta al artículo 105 LH. Éste es un argumento más que justifica la posición que mantendremos en este trabajo.

(12) Aunque el pago debe consistir en la realización exacta de la prestación debida (art. 1166 CC. *Aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, D. 12,1,2,1; *aliud pro alio invito debitore peti non potest*) si deudor y acreedor están de acuerdo, puede verificarse mediante otra prestación. Cuando el acreedor acepta la dación en pago está admitiendo que el deudor cumpla su obligación, aunque no sea de forma completa, y con otra prestación distinta a la inicialmente pactada, con lo que se produce la eliminación de características intrínsecas del pago como son la integridad y la identidad.

acreedor sucede al deudor en la titularidad del bien a título oneroso a cambio de la extinción total o parcial de la obligación incumplida.

Es muy discutida por doctrina y jurisprudencia la naturaleza jurídica de la dación en pago. Con ALBALADEJO y CASTÁN TOBEÑAS (13) entendemos que es una variante o forma especial de pago, un «subrogado del cumplimiento», como dicen las SSTs de 20 de febrero de 1967, 30 de noviembre de 1973, 13 de mayo de 1983, de 5 de octubre de 1987, 25 de mayo de 1999 y 27 de septiembre de 2002. Forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (14) (15). Cuestión en la que no podemos entrar es la relativa a si la dación en pago consiste en un contrato real, compuesto por el acuerdo de acreedor y deudor y el cumplimiento de la prestación nueva (ALBALADEJO, BERCOVITZ) o en un contrato consensual, de modo que el pagar con la prestación nueva es ejecución de ese contrato y a la vez cumplimiento de la obligación antigua (subsistente y única existente sin haber sido modificada), como defienden ADÁN GARCÍA y Díez-PICAZO (16).

(13) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1, 9.^a ed. José María Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1994. págs. 140 a 145. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*. Tomo III, *Derecho de Obligaciones*, 16.^a ed., revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO. Reus, S. A., Madrid, 1992, págs. 442 a 450.

(14) La RDGRN de 7 de febrero de 1941 señala que la adjudicación de inmuebles en pago de deudas, bien entrañe una novación por cambio de objeto con ejecución inmediata de la prestación o suponga un permiso concedido por el acreedor al deudor para que éste se libere mediante la entrega de un *equivalente*, su esencia y finalidad es la de constituir una modalidad de pago con transferencia de propiedad, ya sea una compraventa con precio anticipado o una cesión de bienes para liberarse de una deuda. *Cabe que sea parcial y debe haber una determinación del valor como precio*.

(15) Sin embargo, una concepción que ha estado muy generalizada en la doctrina, y que ha asumido el TS en un gran número de sentencias, es la que equipara la dación en pago a la compraventa (SSTs de 14 de noviembre de 1881, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 13 de marzo de 1953, 8 de noviembre de 1966, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992. Vid., también la RDGRN de 20 de septiembre de 1933). Se señala que su regulación ha de acomodarse analógicamente a las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal dación se extingue la categoría de precio del bien que se entregue en pago. Otra concepción es la que ve en la dación en pago una novación por cambio de objeto. Así, las SSTs de 9 de diciembre de 1943 y 1 de marzo de 1969 (si bien la STS de 5 de marzo de 1965, niega en varios aspectos, carácter novatorio a la dación en pago). Sin embargo, ambas teorías tropiezan con dificultades. Como señala ALBALADEJO, las partes, al celebrar una compraventa se proponen crear obligaciones a cargo de vendedor y comprador y al celebrar una novación se proponen extinguir una obligación y dar vida a otra (si es novación extintiva) o modificar (si es modificativa), dejándola subsistente, la obligación preexistente, mientras que al dar y recibir en pago se proponen pura y simplemente extinguir la obligación mediante pago. Por otro lado, como señala Díez-PICAZO, la asimilación de la compraventa a la dación en pago no serviría para explicar la dación cuando el deudor ejecutase un *facere* en lugar de la prestación originaria, o el acreedor tuviese derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Además el precio en la compraventa ha de consistir en *dinero o signo que lo represente* (art. 1445 CC). En cuanto a la asimilación a la novación, señala que la intención de las partes no es la de extinguir la antigua obligación, sino injertar en ella el convenio acerca del modo de cumplirla. (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 181 y 182).

(16) ADÁN GARCÍA (ADÁN GARCÍA, M.^a E., «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 509 a 534); Díez-PICAZO (*op. cit. loc. cit.*).

En cuanto a su regulación, siendo pago mediante otra prestación, la dación está sometida a las reglas del pago. También le son aplicables las reglas generales de la contratación (17) e igualmente le pueden ser aplicables reglas de la compraventa o de la novación. En este sentido, las SSTS de 15 de mayo de 1983 y 18 de abril de 1987, señalan que la dación en pago participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto.

La dación normalmente se verificará mediante escritura pública para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad y se beneficie de los efectos de la inscripción (arts. 32 y 34 LH). Como subrogado del pago, extingue la obligación y sus accesorios (entre ellos, la fianza, arts. 1847 y 1849 CC) (18). Con el pago deja de tener sentido la pervivencia de las garantías, al haber devenido inexistente su causa. En el plano real se ha producido una consolidación al haber devenido propietario del bien, el acreedor hipotecario que gozaba de una garantía real sobre el mismo. Procedería la cancelación de la hipoteca, si se practica la inscripción de dominio a favor del acreedor hipotecario (art. 190 RH y RDGRN de 12 y 16 de julio de 1999). En caso de dación en pago parcial, la obligación no se extingue totalmente. Sin embargo, se ha producido la consolidación en el plano real, y el deudor deberá buscar otro tipo de garantías o subsistirán las garantías personales con la extensión que marque la ley o el acuerdo entre las partes (19).

Es preciso distinguir la dación en pago de la cesión de bienes para pago, regulada en el artículo 1175 del Código Civil. Como señala la STS de 1 de marzo de 1969: «la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito (20), mientras que en la dación en pago, regulada analógicamente en nuestro Derecho por las reglas de la compraventa al carecer de reglas específicas, el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; *en un caso se está en presencia de una cessio pro solvendo, pues como dice el legislador, el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que el otro se trata de una cessio pro soluto en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación; debiéndose añadir que la diferencia es terminante en cuanto a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio, sin restricción ni cortapisa alguna*» (21).

(17) Así el artículo 1261 del Código Civil, de modo que se requeriría consentimiento de acreedor y deudor; objeto (prestación de cosa distinta de la inicialmente pactada); y causa (*animus solvendi*). (RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R., «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del mercado financiero*. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y ALONSO UREBA (coord.), vol. 4, 1999). También las SSTS de 20 de febrero y 22 de junio de 1967 señalan que a la dación en pago le es aplicable la normativa general de los contratos.

(18) En este sentido, se discute cuáles son los derechos del acreedor si la cosa dada en pago se pierde por evicción.

(19) ADÁN GARCÍA, M.^a E. (*op. cit.*).

(20) Restituyendo el remanente al deudor (STS de 3 de enero de 1977. RJ 1977/1).

(21) En igual sentido, SSTS de 11 de mayo de 1912, 9 de diciembre de 1943, 13 de mayo de 1973, 13 de febrero de 1989, 7 de octubre y 19 de octubre de 1992 y 28 de junio

Difieren también dación en pago y cesión de bienes, en que aquélla no requiere necesariamente como presupuesto una situación de insolvencia, ni tampoco la pluralidad de acreedores, ni se extiende a todos los bienes del deudor. Por otro lado, el artículo 1849 no tiene aplicación cuando se trata de una mera cesión de bienes.

Otra institución que hay que diferenciar de la dación en pago es la adjudicación judicial en pago. Ambas tienen grandes analogías, ya que en ambas se recibe la prestación de un objeto distinto del pactado y se transmite su titularidad, pero difieren en función de las personas que intervienen. En los procedimientos de apremio judiciales o administrativos que culminan con la adjudicación de un bien, el dominio se adquiere por un acto del Estado, que a través de los órganos judiciales o administrativos, y en virtud de su *auctoritas*, se subroga en la posición del deudor, mientras que en la dación en pago es necesario un convenio previo alcanzado entre deudor y acreedor (22).

de 1997. Establecen también las diferencias entre ambas operaciones las SSTs de 26 de octubre de 1970, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 5 de junio, 9 de julio y 5 de octubre de 1987, 26 de mayo y 23 de septiembre de 1988, 15 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1993. Según GARCÍA MEDINA, lo que marca la verdadera diferencia de naturaleza entre dación en pago y cesión de bienes es la existencia o inexistencia de pactos de liberación de la totalidad de la deuda. También es el criterio que sigue la Jurisprudencia del TS en sentencia de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989/831). Afirma el TS que en el caso se está en presencia de una *datio pro soluto* «al darse el requisito configurador de dicha institución consistente en entrega de bienes —que supone precio— a cambio de completa extinción del crédito —alcance o no a la cuantía de estos lo obtenido con los bienes adjudicados—». Según esta sentencia, pues, una dación en pago parcial sería un contrasentido, estándose, si no se otorga la liberación de la totalidad del crédito, en presencia de una cesión para pago. Según VON THUR, GIL RODRÍGUEZ Y PANTALEÓN, en caso de duda acerca de si se está en presencia de una dación en pago o una cesión pro solvendo, habrá de optarse por la cesión de bienes *como institución común y situación menos gravosa para el acreedor*.

Sin embargo, no está claro que sea únicamente la existencia o no de pacto de liberación lo que distinga ambas instituciones, pues la dación en pago, puede liberar solo parcialmente al deudor, y en la cesión para pago, aunque haya pacto de liberación, no hay transmisión del dominio por la cesión. La cesión de bienes trae consigo autorización de venta en beneficio de los acreedores, con lo que hace imposible las apropiaciones por éstos, mientras que en la dación sí cabe apropiación. Por ejemplo, en la STS de 7 de diciembre de 1983, no hay inconveniente para que pactada la renuncia por los acreedores a la parte de los créditos no satisfecha por la liquidación, se entienda que se está ante una cesión de bienes (FINEZ, J. M., *op. cit.*, págs. 1471 a 1474; GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario La Ley*, miércoles 20 de enero de 2010, núm. 7324).

(22) De acuerdo con el artículo 671 LEC, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, «si en el acto de la subasta [verificada en el seno del procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados] no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos...». En la práctica, la adjudicación se producirá por el 50 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si ésta es inferior al 50 por 100 del valor de tasación. Adviértase la diferencia con el artículo 1872 del Código Civil, según el cual el acreedor que se hace dueño de la prenda en caso de inexistencia de postores, debe *dar carta de pago de la totalidad de su crédito*. Igualmente, con las cuidadas disposiciones del Código de Justiniano [C.8,34 (33), 3]. Se prevé la posibilidad de adjudicación en dominio al acreedor de la prenda, pero «tenga el deudor, por consideraciones de compasión, humanitaria acción sobre su propia cosa dentro del término de dos años, contaderos desde el día de la

III. EL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio es aquel que se introduce con carácter previo o coetáneo, pero en cualquier caso, como *condicionante del nacimiento de la obligación que se garantiza con hipoteca o prenda*, y por el que se conviene que, incumplida la obligación asegurada, la cosa dada en garantía, *pasa automáticamente a la propiedad del acreedor*. Con el pacto comisorio, la cosa, y no el resultado de su venta con retorno del sobrante, es lo que se sujeta directamente al cumplimiento de la obligación. El Derecho español recoge la prohibición del pacto comisorio en garantía (arts. 1859, 1884.2.º CC), siguiendo los precedentes históricos como ordenaba la Ley de Bases (23). La prohibición del pacto comisorio impide

sacra resolución [por la que se le adjudica al acreedor en dominio la prenda], y séale lícito ofrecer al acreedor, que ya fue hecho dueño, la deuda con los intereses y los perjuicios causados por su falta al acreedor, cuya cuantía debe manifestar bajo juramento el acreedor, y recuperar su prenda. Mas si hubieren transcurrido los dos años, tenga el acreedor y también dueño plenísimamente la cosa ya hecha suya irrevocablemente.

Mas si verdaderamente se hallara que importa menos la prenda y más la deuda, tenga el acreedor íntegra toda su acción respecto a lo que se conoce que importa más su crédito. Pero si por una y otra parte se hallara igual la cantidad, retenga sin ninguna duda toda la cosa antes empeñada. Y si verdaderamente importara menos la deuda y más la prenda, en este caso se le reservarán por nuestra ley al deudor íntegros todos los derechos sobre lo que excede de la deuda, no quedando ciertamente obligado a los acreedores del prestamista, sino reservado para otros acreedores del deudor o para el mismo deudor. Y para que por virtud de la comunidad no resulte alguna dificultad, se le dará licencia al acreedor o al dueño para ofrecerle al deudor o al acreedor del deudor, con la competente caución que respecto a él se debe prestar, el importe de lo sobrante.

Mas si después que con derecho de dominio poseyera el acreedor la cosa hubiere querido venderla, séale ciertamente lícito hacerlo, pero reservándole al deudor el sobrante que hubiera. Pero si hubiere surgido duda respecto a la venta, como por haber sido hecha por más bajo precio, sea compelido el acreedor a prestar juramento de que no empleó ningún ardid o engaño, sino que vendió la cosa por tanto en cuanto pudo ser vendida; y devuélvase solamente lo que en virtud del juramento se hubiere visto que sobraba. Mas también si por el juramento se hallara que obtuvo menos el acreedor, tenga íntegra acción por lo restante.

Pero queremos que competa al conocimiento judicial la estimación de la prenda, mientras permanezca en poder del acreedor y dueño, ya si respecto a la deuda es de mayor o menor cantidad, de suerte que prevalezca respecto a la estimación de la prenda lo que sobre esto hubiere determinado el juez».

En la misma línea, Partidas 5, 13, 44.

La posibilidad de que el acreedor hipotecario se adjudique el bien hipotecado por el 50 por 100 del valor de tasación (continuando debiendo el acreedor hipotecario el resto de la deuda) hacen que la dación en pago se perfila como una alternativa razonable para que el deudor reconduzca su situación.

(23) Prohibición por Constantino en una Constitución del año 320 ó 326, C. Th, 3, 2, 1; Justiniano recogió esta constitución en su Código: C. 8, 35 [34],3; Partida 5,5,41 y 5,13,12 (que, sin embargo, admite el pacto de *lex commissoria* en la compraventa siguiendo los precedentes romanos, P. 5, 5, 38) y artículos 1775 y 1806 del Proyecto de Código Civil de 1851. El pacto estaba, pues, prohibido en el antiguo Derecho de Castilla. Igualmente en el ordenamiento canónico como signo de actividades usurarias (el texto más significativo es el contenido en la decretal del Papa Inocencio III, datada en el año 1198: Decretales Gregorii IX, c. 7. X. De pign. 3.21). La misma tendencia se observa en los Proyectos oficiales o privados de Código Civil que se registran a lo largo del siglo XIX. Resulta de interés la regulación del Proyecto de 1836, por lo que dispone en cuanto a la adjudicación del bien dado en prenda o hipoteca. En el artículo 1702 establecía que

la apropiación *casualizada en la concesión del crédito* (24). El pacto comisorio en garantía engloba los aspectos directamente apropiatorios y los de ejecución fuera de los estrictos cauces previstos en la Ley (25).

Doctrina y jurisprudencia afirman que el artículo 1859 del Código Civil sanciona la nulidad del pacto comisorio (26). La STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037) dice expresamente que: «la prohibición del pacto comisorio (arts. 1859 y 1884) es imperativa y de orden público *por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en las que están involucrados no sólo los intereses del deudor sino de sus acreedores*». En la misma línea, la STS de 18 de febrero de 1997. Su infracción por tanto, lleva aparejada la nulidad (puesto que se protege más un interés general que intereses particulares y dado el art. 6.3 CC), siendo apreciable de oficio por los Tribunales, si bien la nulidad puede limitarse, según los casos, al mero y propio pacto comisorio, salvando el resto del contrato, incluida la garantía y configurándose así como un supuesto de nulidad parcial del contrato. Es decir, considerando por no puesta la cláusula en los pactos comisorios añadidos a garantías típicas, se corrigen las deficiencias del vínculo jurídico y éste retorna sobre sus cauces adecuados y lícitos. *Utile per inutile non vitiatur*.

También la normativa sobre consumidores y usuarios podría ser un cauce adecuado de defensa contra los abusos de los acreedores. En este sentido el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, señala que, en todo caso, se considerarán abusivas las cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Sin duda, en esta cláusula está comprendido el pacto comisorio.

por la entrega de la cosa en prenda sólo adquiere el acreedor el derecho de retenerla; pero la propiedad y demás derechos procedentes de ella quedan siempre a beneficio del deudor, aun cuando cabe la venta si así se pactó (art. 1708 con notificación al deudor y sus parientes), ejecución con autorización judicial y en almoneda pública precedidos de pregones (art. 1711) y estricta devolución del superfluum (art. 1712). *En caso de imposible venta, puede adjudicarse el acreedor, pero el deudor tendrá derecho a los excesos de valor* (arts. 1712 y 1727, para la hipoteca). (DURÁN RIVACOBÁ, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 15 a 24).

(24) BLASCO GASCÓ, F. DE P., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Editorial Lex Nova, 1.ª ed., Valladolid, 2010.

(25) La STS de 26 de diciembre de 1995 señala que infringe la prohibición del pacto comisorio el pacto por el que se estipula, para la ejecución de la garantía, un sistema extraprocésal de enajenación de la cosa distinto de los legalmente previstos. Según esta sentencia parecería, pues, que no es admisible el pacto marciano, a que nos referiremos después.

(26) SSTs de 3 de marzo, 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902, 29 de enero de 1908, 27 de abril de 1918, 27 de marzo de 1926, 6 de febrero de 1931, 3 de marzo de 1932, 25 de mayo de 1971 y 19 de noviembre de 1981. En idéntica línea la DGRN. La RDGRN, de 10 de junio de 1986, señala que implícitamente se confirma la prohibición del pacto comisorio cuando con normas imperativas se determinan los señalados casos en que cumplidas las cautelas y los procedimientos establecidos el acreedor puede llegar a apropiarse de las cosas dadas en garantía [se refiere a las adjudicaciones en pago]. Luego a criterio de la DGRN, la excepción confirma la regla y de las extraordinarias circunstancias para las que se permiten las apropiaciones reales del acreedor deduce la vigencia general del axioma contrario en el ordenamiento español. En efecto, las adjudicaciones en pago no son sino una especie de pacto comisorio legal (DURÁN RIVACOBÁ).

La razón de la prohibición del pacto dice GUILARTE ZAPATERO, radica en que admitir su validez implica el riesgo de facilitar situaciones en las que aprovechándose el acreedor de circunstancias extremadamente adversas que pesan sobre el deudor, se beneficie a costa de éste, *excediéndose la finalidad de garantía, al apropiarse de las cosas gravadas por cantidades inferiores a su verdadero valor*. Por ello, la jurisprudencia ha ampliado la prohibición a otros pactos que sin ser exactamente el comisorio, permiten la misma consecuencia (27).

Por el contrario, por no entrañar tal riesgo, se ha planteado la posibilidad de que sean válidos determinados convenios.

Así, el pacto establecido al constituirse la garantía, por el que se acuerda que, incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, *valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquélla con el de la deuda, en la concurrencia de ambos, y como señala Albaladejo con abono de la eventual diferencia en más*. Se trata del llamado pacto marciano (D. 20, 1, 16,9) (28), admitido por la legislación de Partidas (Partidas 5, 5,41 y 5, 13,12). Dice DURÁN RIVACOBA que: «en cuanto al pacto marciano, lograda la equivalencia de la deuda con el precio y la devolución del sobrante, consigue, como dice Gregorio LÓPEZ en su glosa y con cita de BARTOLO y BALDO, *una fórmula muy semejante a la datio in solutum*». Esta afirmación de Gregorio LÓPEZ es de gran trascendencia por lo que diremos después (29).

(27) Los pactos comisorios típicos (cláusulas de comiso añadidas a un contrato de hipoteca, prenda o anticresis) prácticamente han desaparecido del panorama jurídico español, pero en proporción inversa, se busca las mismas beneficiosas facultades para el acreedor a través de garantías atípicas (si el pacto comisorio se añade a garantías atípicas se habla de pacto comisorio autónomo). Para tales supuestos, también rige la prohibición, pues de otra manera se admitiría de forma indirecta lo que directamente se impide, y ello constituiría un verdadero mecanismo defraudatorio. Los pactos comisorios autónomos revisten formas muy variadas y sus encubrimientos muchas veces les hacen difíciles de ser detectados. Pueden esconder un pacto comisorio contrario a la prohibición del artículo 1859 del Código Civil, la venta en garantía o el pacto de retroventa [STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037)]. Aplican la prohibición del pacto comisorio a las garantías reales atípicas las SSTs de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748), 13 de mayo de 1998 (RJ 1998/3687), en cuyo fundamento segundo se declara a la prohibición del pacto comisorio «aplicable a toda garantía dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta»; 15 de junio de 1999 (RJ 1999/4474), 16 de mayo de 2000 (RJA 2000/5082), 26 de abril de 2001 (RJA 2001/2037) y 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

En el caso de pacto comisorio encubierto, indirecto y autónomo, el alcance de la nulidad es cuestión más compleja que requiere un estudio especial.

(28) D. 20, 1, 16, 9: «La dación de prenda o de hipoteca puede hacerse de modo que si dentro de cierto tiempo no se hubiera pagado la deuda, por derecho de comprador posea uno la cosa por el justo precio en que entonces haya de estimarse; porque en este caso parece en cierto modo que hay una venta condicional. Y así lo respondieron por rescripto el Divino Severo y Antonino».

(29) Dice BENITO GUTIÉRREZ que «no hay en este caso los peligros que acompañan al pleito [pacto] comisorio, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde: el acreedor recibe el importe de la deuda, y el deudor toma lo restante. A fin de poner en ejecución esta cláusula, lo que se acostumbra es que el acreedor cite al deudor para ponerse de acuerdo sobre nombramiento de peritos que hagan la tasación; aprobada ésta, todavía no se hace el acreedor dueño de la cosa, pues ha de recaer auto del juez que lo declare, auto en el que se dictan las medidas convenientes para asegurar al deudor el exceso si le hubiere». GUTIÉRREZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo V, Librería de Sánchez, Madrid, 1869, págs. 273 a 276.

Si el pacto comisorio se acuerda *con posterioridad al nacimiento de la obligación o de la garantía, pero antes del vencimiento de la obligación se habla entonces de pacto ex intervallo y la doctrina se pregunta por su licitud*, admi-

No se admite la valoración fijada por los interesados al constituir la garantía, pues en tal supuesto se dan los mismos riesgos que derivan del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones por las que el deudor se ve forzado a aceptar éste, puede verse obligado a consentir en que se fije valoración igual a la representada por la deuda, siendo superior el valor del bien al de ésta. Por otro lado, aunque el valor concedido a la cosa fuera el justo en el momento en que se apreció, las alteraciones que suele experimentar el precio de los bienes podrían introducir el desequilibrio en la relación entre el valor de la cosa empeñada y el montante de la deuda garantizada. La valoración debe hacerse, pues, tras el incumplimiento de la obligación, como señala D. 20,1,16,9 y la generalidad de la doctrina y con la intervención imparcial de terceros designados de mutuo acuerdo tras el impago o designados con arreglo a criterios objetivos de elección prefijados.

Señala que no existe razón moral o jurídica que pueda prohibir el pacto marciano, la STS de 28 de noviembre de 1983.

El pacto marciano permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales preestablecidos, pero a partir de su justo precio. Ello implica que los derechos del deudor y de los demás acreedores queden salvaguardados, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más fructíferos que los procedimientos de ejecución (DURÁN RIVACOBÁ).

El pacto marciano se admite comúnmente, aunque los autores que fundan la prohibición del pacto comisorio en la inderogabilidad de los procedimientos legales de ejecución forzosa o en el efecto desnaturalizador de las garantías, de que hablaremos después, no admiten el pacto marciano. Así no admiten el pacto marciano GETE-ALONSO y GÓMEZ GALLIGO. Este último señala que en cuanto a la posibilidad de apropiación del bien por el acreedor por un procedimiento objetivo sin su realización, debe rechazarse, pues existen razones que excluyen tal configuración (carácter de orden público de los procedimientos de ejecución, evitar el perjuicio al deudor, inexistencia de causa justificativa de la transmisión, etc.) (GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992, págs. 544 y 545).

En opinión de GINÉS CASTELLET, el pacto marciano podría considerarse lícito y admisible siempre que *ad casum* se cumplieran las condiciones señaladas antes y, en todo caso, hubiese un control judicial de dicha operación, que serviría para asegurar una real estimación objetiva del bien y el cumplimiento de la obligación de entrega al propietario del bien, del eventual exceso. La exigencia de intervención judicial podría restar gran parte del interés práctico de la figura, pero no debe ignorarse que se trataría, en su caso, de una excepción a una regla imperativa que tiene lugar siempre que se den ciertas condiciones y solamente un control judicial podría asegurar que efectivamente esas condiciones se respetan. En todo caso, el pacto marciano podría resultar todavía atractivo a las partes desde el momento en que la ejecución forzosa del bien realiza, como regla, un valor inferior al efectivo del bien (GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, págs. 493 y 494).

Dejamos a la mejor apreciación del lector la conveniencia de considerar admisible en el Derecho español el pacto marciano o no. En todo caso, tratándose de la única vivienda disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor), y teniendo en cuenta la situación económica que ha vivido España (expansión de la burbuja inmobiliaria y sobrevaloración de las viviendas) y en la que se encuentra actualmente (pinchazo de la burbuja inmobiliaria y reajuste de los precios de la vivienda a la baja), situación que era previsible por parte de las entidades bancarias, por las mismas razones que expondremos en el epígrafe V, un pacto marciano por el que el acreedor pueda apropiarse de la vivienda por su precio *ex nunc*, resultaría abusivo para el deudor hipotecario. De ahí que esta razón, unida a que la existencia del pacto marciano impediría hacer uso del beneficio del artículo 693 LEC, nos llevan a entender que no es admisible actualmente un pacto marciano sobre la vivienda familiar.

El artículo 693 LEC señala:

tiéndola DE BUEN, ALBALADEJO, CARRASCO PERERA, MARÍN LÓPEZ y GUILARTE ZAPATERO (30).

No pensaba así la doctrina más antigua, con la cual coincidimos. Señala Benito GUTIÉRREZ que el pacto comisorio «en sentir de los intérpretes, es reprobado no sólo cuando se interpuso al contraerse la deuda sino en cualquier tiempo y aunque se estipule en forma de transacción, porque en cualquiera de estos casos existe el peligro que se desea precaver» (31). Son contrarios al pacto *ex intervallo* ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, DIEZ PICAZO-GULLÓN y GINÉS CASTELLET. Hay que tener en cuenta que muy fácilmente el pacto *ex intervallo* puede introducirse con fraude, haciendo aparecer en documento el pacto en cuestión como posterior, cuando en realidad fue coetáneo al nacimiento de la obligación. Por eso resulta necesario mantener las condiciones equitativas de las partes también en ese instante. En el sistema italiano ya no hay cuestión sobre el mismo, puesto que el artículo 2744 del *Codice Civile* viene a decir que el pacto comisorio es nulo incluso si es posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda, que es lo que caracteriza al pacto *ex intervallo*.

IV. LA *RATIO* DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN GARANTÍA

Varias son las razones que se apuntan para la prohibición del pacto comisorio. En primer lugar, el *favor debitoris* y la inmoralidad de la cláusula. La necesidad del deudor estuvo, sin duda, en el origen de la prohibición, que responde a una progresiva influencia del cristianismo en la legislación constantiniana. Se tutela al deudor frente a una coartación de su libertad, habida cuenta de la posibilidad de que, encontrándose en la urgencia de procurarse

«...2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

(30) GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XXIII, EDESA.

(31) *Op. cit. loc. cit.*

crédito, hubiera sido expuesto a una constricción por parte del acreedor; y por otro lado frente un potencial aprovechamiento por el acreedor del estado de necesidad de su deudor. En cuanto a la inmoralidad intrínseca de la cláusula, es una exigencia de Derecho natural mantener la conmutatividad de los contratos. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LH de 1861 consideraba un escándalo su permisión, pues no es justo que haga el acreedor lucro a costa del deudor en apuros. El beneficio injusto del acreedor se juzga sobre la base de que la cosa dada en garantía tiene *a priori* más valía que la deuda (32). Una desproporcionada garantía corre peligro de convertirse a la larga en un injusto enriquecimiento. La prohibición del pacto comisorio entroncaría también con la secular represión de la usura.

En segundo lugar, el pacto comisorio despoja de su naturaleza típica a los derechos reales de garantía. Los contenidos del derecho de garantía son: sujeción de la cosa, facultad de realizar su valor por los cauces establecidos y preferencia para cobrar el crédito asegurado. El pacto comisorio es incompatible con una garantía típica porque tiene la virtualidad de impedir que el derecho de garantía despliegue su eficacia propia y característica.

En tercer lugar, puede encontrarse la *ratio* de la prohibición en la defensa de terceros acreedores y en el principio *par conditio creditorum*. Este principio trae consigo la conveniencia de limitar las actuaciones de un posible acreedor que se imponga injustamente sobre los demás, alterando de modo arbitrario la ordenación del patrimonio del deudor, agredido por insolvencia. El pacto infiere además un daño a los otros acreedores del deudor, ya que sustrae el bien objeto del pacto al poder de agresión ejecutiva por parte de los acreedores no partícipes en el acuerdo comisorio (33). El pacto comisorio alteraría la responsabilidad patrimonial universal del deudor, puesto que la responsabilidad también puede ser futura y puesto que a través de la ejecución del pacto el acreedor *puede conseguir más de lo que el deudor le debe y por lo que responde*. La defensa de los intereses de otros acreedores está presente en la jurisprudencia (STS de 19 de abril de 1997).

Otra razón que puede aducirse es la prevención del daño, razón aducida por las Partidas: que si tal pacto valiese, no querrían los hombres recibir de otra manera los empeños y vendría por ello muy grande daño a la tierra, porque cuando algunos estuviesen muy cuitados, empeñarían las cosas por cuanto quiera que les diesen sobre ellas y perderlas podrían, por tal pacto como éste (P 5, 13, 12). Es decir, que de permitirse tal pacto, las condiciones

(32) Pero «aun suponiendo que no tuviese mayor valor no habría razón para tolerarle. El precio de las cosas varía, por lo que la prenda que en la época de celebrar el contrato valiese tanto, podría valer tanto más en el momento de hacer el pago, y no es justo privar al deudor de este beneficio que le corresponde como dueño de ella» (GUTIÉRREZ, B., *op. cit. loc. cit.*).

(33) Podría pensarse que para proteger a los restantes acreedores del deudor, ya se cuenta con el remedio de la acción pauliana. Pero acción pauliana y pacto comisorio sólo coinciden parcialmente en su campo de acción. La invalidez del pacto comisorio se justifica sobre la base de un daño potencial (que quizá ni siquiera haya llegado a tener lugar) y, en cambio, la pauliana presupone la existencia del *eventus damni*. Además, la acción rescisoria por fraude de acreedores está sujeta a una serie de requisitos específicos, de suerte que la ausencia de alguno de estos dejaría sin protección a los acreedores, allí donde la prohibición del pacto comisorio sí les ampara (cfr., GINÉS CASTELLET, N., *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 469).

del tráfico jurídico impondrían estas cláusulas con perjuicio generalizado para los deudores. Luego la disyuntiva no está en que la libertad de las partes pueda autodefinir sus intereses, pues aquí se discute una situación de prevalencia práctica de uno de los intervinientes sobre su contraparte, y en tales hipótesis parece mejor prevenir, prohibiendo el acuerdo, por presumiblemente abusivo. Existe también una fundamentación procesalista del veto a dicho pacto (veto que según esta fundamentación alcanzaría al pacto marciano y *ex intervallo*). El carácter de orden público con que privilegia el ordenamiento los sistemas reglados de la ejecución excluiría que los partícipes en un determinado vínculo jurídico conviniesen regímenes conducentes a la más o menos directa disposición por el acreedor de las cosas ofrecidas en garantía (existiría un principio de orden público, según el cual corresponde única y exclusivamente al Estado el poder hacer efectivas de modo coactivo las pretensiones de los acreedores. Si se admitiera el pacto comisorio ello podría dar lugar a profundos cambios en el derecho de las garantías reales, ya que, con toda probabilidad, el actual sistema de ejecución del crédito, quedaría desbancado por el más sencillo de autoejecución del acreedor a través del mecanismo de la apropiación directa del bien [con el perjuicio que ello podría entrañar para el deudor u otros acreedores del deudor]. Se alega en este sentido la excepcionalidad en el Derecho español del privilegio de autotutela de los propios derechos, el principio constitucional de protección judicial de los derechos (art. 24 CE) y las restricciones a la ejecución extrajudicial de los derechos de realización de valor (art. 1872 CC y art. 129 LH) (34).

La prohibición del pacto comisorio responde también a la salvaguardia del principio de proporcionalidad en las garantías (adecuación entre la determinación de los bienes objeto del poder de agresión del acreedor y el montante del débito). Puesto que la garantía se dirige a buscar una seguridad en la satisfacción del crédito, los efectos de la garantía se hallan delimitados por la entidad de aquel interés crediticio. Esto es, *a través de la ejecución de la garantía no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada*, porque la garantía, en un sentido estricto, nada añade al contenido de la relación obligatoria asegurada: tan sólo aumenta la probabilidad de obtener la satisfacción del crédito. *El principio de proporcionalidad, en una de sus manifestaciones, la que postularía la reducción de la medida de la responsabilidad al montante del débito (incrementado en su caso por el daño efectivamente producido por el incumplimiento), tiene plena vigencia en el ámbito de las garantías reales, y de ahí la prohibición del pacto comisorio*. La prohibición de este pacto no es más que la expresión concreta de un principio general según el cual la sujeción del patrimonio del deudor, o del fiador, o del valor de una cosa concreta al poder de agresión del acreedor se circunscribe al montante de la deuda y no puede exceder nunca de éste, lo que podría venir vulnerado por un pacto de las características del comisorio (35).

(34) DURÁN RIVACOBIA, R., *op. cit.*, págs. 91 a 117.

(35) Otra posible manifestación de este principio general es la doctrina del enriquecimiento injusto o la regulación legal de la extensión máxima de la obligación del fiador (arts. 1826 y 1827 CC), que viene limitada por la del deudor principal. Con respecto a este último supuesto, DIEZ-PICAZO ha declarado que «una extensión de la obligación del fiador, superior a la extensión de la del deudor principal, carecería de causa y, si tuviera alguna, tendría necesariamente que ser distinta de la función de garantía».

Como dijo DE CASTRO, la responsabilidad sigue a la deuda como la sombra al cuerpo. Es decir, que si no puede haber, por regla general, responsabilidad sin deuda, ello jus-

Todas estas razones, puestas en un fiel de la balanza, frente al posible perjuicio que en algún caso particular pueda sufrir el deudor como consecuencia de la prohibición del pacto, llevan a la prudencia del legislador a considerar que la solución más equitativa desde un punto de vista general es asumir la prohibición.

Se ha entendido también que los artículos 1859 y 1884 del Código Civil son expresión de un principio general histórico en el Derecho de garantías reales. A favor de concebir la prohibición del pacto comisorio como un principio general del Derecho que se extiende *incluso más allá de las garantías reales*, se muestra MOLL DE ALBA LACUVE (36).

Igualmente se ha considerado que es un límite a la autonomía privada. En este sentido, la STS de 16 de mayo de 2000 (RJA 2000/5082) en la que se declara «incuestionable su aplicabilidad a todo tipo de garantía atípica por coherencia del sistema, analogía (art. 4.1 CC), evitar el fraude de ley (STS de 18 de febrero de 1997), y como dice la STS de 13 de mayo de 1998, *dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta, por lo que constituye un límite al principio de la autonomía privada*».

V. EL PACTO COMISORIO Y LA DACIÓN EN PAGO

La pregunta que cabe formularse es si una dación en pago del inmueble hipotecado (la única vivienda disponible: vivienda familiar o residencia habitual del deudor; supuesto en el que nos centraremos), es contraria o no a la prohibición del pacto comisorio establecida en el artículo 1859 Código Civil.

Con carácter general, GUILARTE ZAPATERO se pregunta si será válido o no el acuerdo mediante el que *una vez incumplida la obligación, se pacta que el acreedor se dé por satisfecho apropiándose de la cosa. [Lo que vendría a ser una dación en pago]. La eficacia del convenio, dice el autor, es incuestionable por cuanto el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización del valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución.* El pacto sería válido al no establecerse en el momento de constitución de la obligación, sino tras su incumplimiento. En la misma línea señala BLASCO GASCÓ que la prohibición de pacto comisorio *no impide la dación en pago o la dación para pago como medio solutorio de la deuda.*

Mientras el ofrecimiento de bienes por el deudor al acreedor funcione como garantía de las deudas contraídas es cuando las prevenciones del Derecho deberían desplegar su eficacia. «*Si el traspaso se produce mediante fórmulas normales de apropiación de bienes por los acreedores en el cobro de sus créditos, únicamente cabe que terceros posibles afectados impugnen las operaciones por fraude de acreedores, pero muy difícilmente podrá el deudor realizarlo, salvo que demuestre que se había pactado tal cosa in initio de manera oculta*». Por lo tanto, *con carácter general*, la apropiación de bienes por el acreedor derivada de la dación en pago no presentaría dificultades jurídicas, a menos de haberse producido con carácter coetáneo a la deuda que pretende extinguir o incluso como garantía de su cobro, en cuyo caso estaríamos en presencia de un pacto comisorio autónomo (DURÁN RIVACOBÁ).

tifica que el acreedor no pueda cobrar por una garantía más de lo que el deudor debe y responde (GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, págs. 486 y 487).

(36) Citada por GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, pág. 458, nota 1176.

GINÉS CASTELLET, por su parte, explica también en términos generales que la dación en pago es una «fuga» del dictado de la prohibición del pacto comisorio. Estaría pacíficamente admitida como válida por la doctrina, *sin que, en general, plantee problemas en este sentido la posible desproporción entre lo recibido en pago y la cuantía de la deuda pagada*. La diversidad de trato, respecto del pacto comisorio, obedecería a la distinta función que desempeñan: puramente solutoria en la primera y de garantía en el segundo. *Si hubo fraude, perjuicio o abuso en la dación, ésta como acto jurídico que es contaría con los mecanismos generales de reacción, pero no se admitiría el juego de la prohibición del pacto comisorio*.

Sin embargo, pese a lo afirmado por GINÉS CASTELLET, no está claro que no plantee problemas la desproporción entre lo recibido en pago y la cuantía de la deuda pagada y que no se admita en la dación en pago, según los casos, el juego de la prohibición del pacto comisorio.

En cuanto a lo primero, FELIÚ REY se muestra contrario a esa opinión sobre la base del principio de proporcionalidad y PARDO NÚÑEZ escribe: «De ser excesiva la adjudicación, la retención del exceso por el acreedor exigiría prueba de liberalidad u otra causa justa; en otro caso, habrá un cobro indebido y el sobrante deberá reintegrarse al deudor y a sus acreedores» (37). Por otro lado, como hemos señalado antes, Gregorio LÓPEZ admitía la validez del pacto marciano, porque lograda la equivalencia de la deuda con el precio y la devolución del sobrante, consigue, *una fórmula muy semejante a la 'datio in solutum'*. Es decir, que a juicio de Gregorio LÓPEZ, en la *datio in solutum*, en general, debe haber una equivalencia entre la deuda y la estimación del bien, incluso con devolución del sobrante. O dicho de otra forma, no sólo hay que exigir equivalencia de prestaciones en el momento de nacimiento de la obligación y constitución de la garantía accesorio (es decir, una garantía proporcionada), sino también en la fase de cumplimiento de la obligación.

En cuanto a lo segundo, si bien es cierto que en abstracto una dación en pago efectuada tras el incumplimiento de la obligación y *animus solvendi* no tiene por qué infringir la prohibición del pacto comisorio en garantía, pues el que paga extingue una obligación, pero no la garantiza con una garantía desproporcionada (como ocurre con los pactos comisorios típicos y autónomos), *sin que las condiciones concretas en que se verifique una dación de la vivienda familiar o habitual en pago del crédito hipotecario que la grava puedan conducir a la conclusión de que se infringe el artículo 1859 del Código Civil, si no en su letra, referida a la garantía de la deuda, sí en su espíritu*.

Como se señaló antes, la prohibición del pacto comisorio encierra un principio general del Derecho, *aplicable más allá del ámbito de las garantías reales, pudiendo, en nuestra opinión, alcanzar a la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada*. Las mismas razones de fondo, o por lo menos muchas de ellas, que concurren para la prohibición de dicho pacto en garantía, estarían presentes, *para no permitir que la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada se lleve a cabo en determinadas condiciones*. Así, *cuando constituye un medio desproporcionado de pago* (38). MIREIA INSA considera que con la prohibición del artícu-

(37) PARDO NÚÑEZ, C., «Las garantías reales excesivas y el *ius offerendi*», en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1998, pág. 1153 (citados por GINÉS CASTELLET, N., *op. cit.*, pág. 488).

(38) Una dación en pago de la vivienda familiar hipotecada que suponga un medio desproporcionado de pago, infringiría la prohibición del artículo 1859 del Código Civil.

lo 1859 del Código Civil, «se quiere evitar que, ante la situación angustiosa del deudor [hipotecario], se produzca un acuerdo [de dación en pago] claramente desequilibrado, que genere un enriquecimiento injusto a favor del acreedor», por lo que «para reducir las posibilidades de una posible impugnación por el propio cedente o por los acreedores [perjudicados por esa dación], es recomendable establecer un procedimiento objetivo y justo de valoración de la adquisición, de forma que si dicho valor supera el de la deuda garantizada, el acreedor deba abonar al deudor la diferencia correspondiente, evitándose así el enriquecimiento injusto».

De lo expuesto es forzoso concluir que la dación en pago de la vivienda familiar hipotecada exige la equivalencia entre deuda y precio dado a los objetos transmitidos [STS de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608)], y por lo tanto, una adecuada, justa y objetiva valoración del bien dado en dación en pago. Si el valor del bien entregado es superior al de la deuda, rige el principio de proporcionalidad entre el medio de pago y la deuda que se extingue, para la evitación de un enriquecimiento injustificado con infracción de la prohibición del pacto comisorio. Ello es consecuencia ineludible de ser la dación en pago un subrogado del cumplimiento (negocio de pago con función solutoria de una deuda preexistente). Del mismo modo rige el principio de proporcionalidad si la vivienda dada en pago es valorada inadecuadamente.

Ya hemos indicado como las entidades crediticias no aceptan sino una valoración por la tasación actual de la finca, que es una tasación que ha bajado respecto de la que sirvió para conceder el préstamo hipotecario, por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. A nuestro juicio, si el Banco quiere evitar la nulidad de la dación en pago por infracción de la prohibición del pacto comisorio y del principio de proporcionalidad, deberá aceptar la dación en pago por el valor de tasación que se adjudicó inicialmente a la finca y que sirvió de base para la concesión del crédito hipotecario, siempre que concurran una serie de requisitos por parte de acreedor y deudor.

Por parte del deudor, que lo sea de buena fe (asumió un endeudamiento responsable (39), no puede hacer frente al préstamo hipotecario de modo involuntario, existe una justa causa que impida el pago del préstamo, entendiendo por tal, una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor, etc.) y que la vivienda hipotecada sea la única disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor).

Razones que están presentes para impedir el pacto comisorio, estarían presentes en este caso: la tutela del deudor frente a un aprovechamiento por parte del acreedor del estado de necesidad del deudor; la exigencia de conmutatividad en los contratos onerosos; la represión de la usura; la defensa de los terceros acreedores; la salvaguardia del principio de proporcionalidad; la limitación a la autonomía privada, que excluye el perjuicio a terceros (art. 1255 CC en relación con el art. 6.2 CC) y el fraude de ley. El perjuicio a terceros acreedores del deudor por una dación en pago desproporcionada es evidente. Ante ello cabe el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 CC y 1291.3.º CC), o en caso de concurso, la acción rescisoria concursal [art. 71 LC. Vid. STS de 4 de septiembre de 1992 y SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 22 de octubre de 2008 (JUR 2009/25857)]. Finalmente, las normas que regulan el pago de obligaciones son de orden público, al igual que la prohibición del pacto comisorio, dado que en la satisfacción de obligaciones están involucrados no sólo los intereses del deudor y del acreedor sino de sus respectivos acreedores.

(39) O aun habiendo asumido un endeudamiento irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor.

Por parte del Banco, que el préstamo concedido por él mismo no haya sido un préstamo prudente (40) y tuviese conocimiento de la sobrevaloración de la vivienda en el momento de la concesión del crédito.

Otra solución implicaría un acuerdo claramente desequilibrado para el deudor hipotecario, un medio desproporcionado de pago, de que hemos hablado antes, que infringe el artículo 1859 del Código Civil, pues la entidad crediticia asumió el riesgo de una previsible depreciación del valor de la vivienda (y por ende de la garantía), en el intento de obtener un lucro mayor por la concesión de un crédito superior (que generaría mayores intereses, por lo tanto). La desproporción y el desequilibrio entre las partes se aprecia en que un bien que proporcionalmente sirvió para conceder un montante «x» de crédito hipotecario, la entidad crediticia no lo considera ahora apto para extinguirlo, manteniendo sin embargo la exigencia del crédito *hipotecario en su integridad*. Si a ello sumamos que la mayor parte de los créditos hipotecarios llevan aneja una cláusula de vencimiento anticipado, cláusulas estas que pueden ser abusivas por no tener en consideración las contingencias del deudor, que el deudor sufre una cierta constricción a la hora de ofrecer una dación en pago, por los resultados económicos desfavorables que particularmente hoy ofrece la ejecución de la hipoteca como consecuencia del pinchazo de la burbuja inmobiliaria (41) y que las condiciones de la dación en pago son fijadas por la entidad crediticia, que es la que tiene la última palabra, *parece que es conclusión imprescindible que un acuerdo justo y equitativo de dación en pago, exija la aceptación del inmueble por el inicial valor de tasación. De lo contrario, se estaría en presencia de un abuso tal y como ha señalado el Consejo de Consumidores y Usuarios* (42). Qui sentit commodum, sentire debet et onus (*Quien disfruta la ventaja, debe también soportar la carga*). Iure naturae aequum est, neminen cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores (Pomponio. D. 50,17,206: *Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro*) (43).

(40) El préstamo sólo puede considerarse prudente si fue configurado de tal manera que una caída previsible en el precio de la vivienda, permitiría que la garantía cubriese el préstamo.

(41) Cfr., *Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios... op. cit.*, pág. 25. Aunque se dice que la dación en pago no es contraria al artículo 1859 del Código Civil porque el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto de dación y soportar la realización del valor de la cosa, no está claro, por lo menos actualmente, que el deudor sea enteramente libre a la hora de aceptar una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, en lugar de una dación en pago. Como afirma Mireia INSA: «conviene tener en cuenta que en una subasta judicial, el precio final que se obtiene en raras ocasiones se acerca ni tan siquiera al valor real de mercado y que se habrán devengado intereses y costas judiciales por importantes cantidades, con lo cual se pierde parte del valor de la vivienda». Por otro lado, como ya indicamos, actualmente la mayor parte de las subastas de inmuebles quedan desiertas, y el acreedor se adjudica la vivienda familiar por el 50 por 100 de su valor de tasación (tasación efectuada a los efectos del art. 682.2.1.º LEC, y que no tiene por qué coincidir con el valor real de la finca en el momento de otorgamiento del préstamo). En estas condiciones, y dado el artículo 105 LH, la dación en pago se presenta como una salida casi forzosa para el deudor hipotecario, en el intento de encontrar una fórmula que le resulte más beneficiosa y compense su precaria situación frente a la entidad crediticia.

(42) «Dictamen de iniciativa propia del Consejo de Consumidores y Usuarios...», *op. cit.*, pág. 14.

(43) Estos principios generales del Derecho de orden natural constituirían límites a la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con el artículo 1255 del Código

Esta solución acerca, además, el Derecho español, a la legislación de los países anglosajones de que hemos hablado antes. Finalmente, del mismo modo que las eventuales variaciones de valor del bien hipotecado, no obligan a modificar el valor pactado que sirve de tipo a la subasta a los efectos del artículo 682 LEC, y dicho valor según la Jurisprudencia, es *inmodificable* [STS de 24 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/3306)], debe entenderse en situaciones de sobrevaloración del mercado inmobiliario e hipotecario y posterior caída generalizada de los precios de los inmuebles, que el valor asignado a la vivienda para la concesión del préstamo *es un valor inmodificable en beneficio del deudor*.

Si el valor de la vivienda dada en pago, conforme a la valoración explicada, y las cantidades abonadas por el deudor a la entidad crediticia, superasen en conjunto el importe de la deuda que se tiene con la entidad, el deudor hipotecario tendría derecho a una compensación. Es decir, el deudor debería recibir sobre el exceso abonado, una cantidad proporcional a la pérdida de valor que ha sufrido la vivienda con respecto a la tasación inicial base del crédito hipotecario. De este modo, Banco y deudor hipotecario, soportan ambos el descenso del precio de la vivienda.

VI. CONCLUSIONES

Es forzoso concluir, pues que:

1. La dación en pago *per se* no cae dentro de la prohibición del pacto comisorio.
2. Sin embargo, dicha prohibición de pacto comisorio es expresión de un principio general aplicable más allá del ámbito de las garantías reales, lo que a nuestro juicio lo hace aplicable a la dación en pago de la única vivienda disponible (vivienda familiar o residencia habitual del deudor) si la dación se realiza en unas condiciones tales y en un contexto que hacen de ella un medio de pago desproporcionado. La justificación de que la dación en pago del crédito hipotecario de tales bienes pueda caer bajo la sanción del artículo 1859 del Código Civil viene motivada, entre otras razones, porque tales bienes han de ser objeto de particular protección por el ordenamiento jurídico (art. 39.1 y 47 CE) (44).
3. Para que la dación en pago del crédito hipotecario de la vivienda habitual no incurra en la prohibición del artículo 1859 del Código Civil debe haber una equivalencia entre valor asignado a la vivienda y deuda hipotecaria que se extingue, y por lo tanto una justa valoración de dicha vivienda a tales efectos.
4. Si el Banco quiere evitar la nulidad de la dación en pago por infracción de la prohibición del pacto comisorio, deberá aceptar la dación en pago *por el valor de tasación que se adjudicó inicialmente a la finca y que sirvió de base para la concesión del crédito hipotecario, siempre que el préstamo concedido por él mismo no haya sido un préstamo prudente y tuviese conocimiento de la sobrevaloración de la vivienda*.

Civil (prohibición de los pactos contrarios a la moral natural) y 6.2 del Código Civil (prohibición de los pactos contrarios al interés o al orden público).

(44) No contemplamos en este trabajo la aplicación del artículo 1859 del Código Civil a daciones en pago de otros inmuebles hipotecados distintos de la vivienda familiar.

Hay que determinar pues, en qué momento comenzó la expansión de la burbuja inmobiliaria y las entidades crediticias tenían conocimiento de la sobrevaloración de los inmuebles, para aplicar desde entonces las medidas que propugnamos, por lo menos, mientras exista una situación de devaluación generalizada del precio de la vivienda, consecuencia del pinchazo de la burbuja inmobiliaria.

5. *Otra solución implicaría un acuerdo claramente desequilibrado para el deudor hipotecario, pues la entidad crediticia asumió el riesgo de una previsible depreciación del valor de la vivienda (y por ende de la garantía), en el intento de obtener un lucro mayor por la concesión de un crédito superior (que generaría mayores intereses, por lo tanto). Qui sentit commodum, sentire debet et onus (Quien disfruta la ventaja, debe también soportar la carga).*
6. Esta solución permite acercar el Derecho español al Derecho de los países anglosajones, más justos con el deudor hipotecario, como Estados Unidos, donde la dación en pago del inmueble hipotecado extingue totalmente la deuda cualquiera que sea el valor del bien entregado. Esta solución que proponemos se perfila como transitoria en tanto se verifica una reforma del artículo 105 LH, en el sentido de extender las previsiones del artículo 140 LH a todo deudor de buena fe, se haya o no pactado la limitación de la responsabilidad al bien hipotecado (como ha pedido el Congreso de los Diputados que estudie el Gobierno) (45).
7. Aquellas daciones en pago de viviendas habituales hipotecadas, que no se hubiesen efectuado en los términos antedichos, siempre que el deudor hipotecario reuniese los requisitos que hemos señalado antes, *podrían ser declaradas nulas por infracción de la prohibición del artículo 1859 del Código Civil, siendo apreciable esta nulidad de oficio.* Ello puede permitir al deudor hipotecario recuperar su vivienda y renegociar la situación con el Banco (46).
8. Si el valor de la vivienda dada en pago, conforme a la valoración explicada, y las cantidades abonadas por el deudor a la entidad crediticia, superasen en conjunto, el importe de la deuda que se tiene

(45) Sobre el particular, vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010, nota 27.

(46) Así, por ejemplo, puede un deudor lograr la nulidad de una dación admitida por el valor de tasación actual, reajustado a la baja, y que sólo le permitía cancelar parte de la deuda, recuperar la vivienda, reviviendo el crédito hipotecario, y presentar un tercero, que se ha interesado en adquirir el bien hipotecado, descontando la deuda, presente (ya vencida) y futura (aún por vencer), del precio a pagar y *subrogándose en el pago de la misma frente al acreedor, que continúa siendo el mismo y acepta al nuevo deudor, y con ello libera completamente al anterior.* Es un negocio de transmisión de deuda tripartito, que carece de regulación legal pero que goza de un amplio y pacífico uso mercantil y reconocimiento jurisprudencial, sustentándose indirectamente en los artículos 1158, 1159, 1205 y 1206 del CC y 144 LH. Lógicamente es imprescindible el consentimiento del acreedor a fin de que la asunción de deuda sea liberatoria para el anterior deudor y suponga la no iniciación o detención de acciones ejecutivas de la hipoteca. Con ello se evita el proceso de ejecución hipotecaria y se sustituye un deudor agotado, y en situación cercana a la insolvencia por otro nuevo deudor solvente, obteniendo la entidad de crédito además el beneficio añadido, en ese contrato, de la suspensión del régimen disciplinario de provisión de insolvencias que impone el Banco de España (cfr., FINEZ, J. M., *op. cit.*).

con la entidad, el deudor hipotecario tendría derecho a una compensación.

9. Esa compensación debería fijarse proporcionalmente, teniendo en cuenta no sólo el exceso abonado, sino también la pérdida de valor que hubiese experimentado la vivienda como efecto del pinchazo de la burbuja inmobiliaria. De este modo, Banco y deudor hipotecario, soportan ambos el descenso del precio de la vivienda.
10. Si la dación en pago de la vivienda habitual, valorada al precio inicial de tasación, fuese insuficiente para cubrir el crédito hipotecario, el deudor debería hacer frente al crédito restante con otros bienes, considerándose la dación en pago un pago parcial, salvo que hubiese mediado el pacto del artículo 140 LH. En aquel caso serían aplicables, por analogía, los mismos límites al embargo fijados por el Gobierno, para las ejecuciones posteriores a la ejecución hipotecaria, por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (47).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M.^a E.: «La dación en pago», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2009.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Editorial Lex Nova. 1.^a ed., Valladolid, 2010.
- DURÁN RIVACOBÁ, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- FINEZ, J. M., «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, núm. 4.
- GARCÍA MEDINA, J., «Alternativas a la subasta», en *Diario la Ley*, miércoles, 20 de enero de 2010, núm. 7324.
- GINÉS CASTELLET, N., *La enajenación de bienes inmuebles con fin de garantía*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2004.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 14-20 de septiembre de 1992.
- GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XXIII, EDESA.
- INSA, Mireia: «¿Qué hacer ante la imposibilidad de pagar la cuota hipotecaria? La dación en pago como vía para saldar la deuda hipotecaria», en *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 94, 2009.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario la Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.
- RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R.: «La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias», en *Instituciones del mercado financiero*. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y Alonso UREBA (coord.), vol. 4, 1999.

(47) Vid. *ut supra*, nota 5.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 3 de enero de 1977 (*RJ* 1977/1).
STS de 22 de marzo de 1985 (*RJ* 1985/1196).
STS de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6712).
STS de 22 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988/9748).
STS de 13 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/831).
STS de 4 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6881).
STS de 29 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3106).
STS de 24 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/3306).
STS de 18 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/8639).
STS de 14 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5608).
STS de 13 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/3687).
STS de 15 de junio 1999 (*RJ* 1999/4474).
STS de 16 de mayo de 2000 (*RJA* 2000/5082).
STS de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001/2037).
STS de 4 de diciembre de 2002 (*RJ* 2002/10424).
SAP Alicante (Sección 7.^a) de 1 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/112215).
SAP Navarra (Sección 2.^a) de 19 de abril de 2004 (*JUR* 2004/151845).
SAP Alicante (Sección 8.^a), de 22 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/25857).

RESUMEN

ABSTRACT

*SOBREENDEUDAMIENTO
HIPOTECARIO
DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR HIPOTECADA
PACTO COMISORIO*

*OVERMORTGAGING
DATION OF THE MORTGAGED
FAMILY HOME IN PAYMENT
RESOLUTORY CONDITIONS
IN CASE OF NON-PERFORMANCE*

Resulta innegable que vivimos un momento de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores. Los desafortunados resultados a que conduce la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, llevan al deudor a ofrecer a la entidad crediticia en pago del crédito hipotecario su vivienda familiar, solución que también beneficia a la entidad crediticia. Pero surge la duda de si tal dación en pago no infringe la prohibición del artículo 1859 del Código Civil relativa al pacto comisorio. Las circunstancias concretas en que se verifique la dación conducirán a una respuesta bien afirmativa, bien negativa.

It is undeniable that we live at a time of consumer overmortgaging. Foreclosing on the family home leads to unfortunate results, inducing borrowers to offer the family home to the lending institution in payment of their mortgage loans. This solution benefits lending institutions also. But doubt arises as to whether dation in payment in this particular circumstance might not infringe the prohibition in section 1859 of the Civil Code regarding resolutive conditions in case of non-performance. The exact conditions under which the dation is conducted will lead to an answer of either yes or no.