

CRISIS ECONÓMICA, FALTA DE LIQUIDEZ Y DACIÓN EN PAGO NECESARIA: UN ESTUDIO DEL PÁRRAFO SEGUNDO IN FINE DE LA LEY 493 DEL FUERO NUEVO

M.^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN. Históricamente la dación en pago necesaria ha sido un mecanismo utilizado para resolver el problema de la falta de liquidez de los deudores de cantidad de dinero, que no podían vender sus bienes en el mercado a un justo precio. A pesar de que el Código civil la excluyó, el Fuero Nuevo la ha mantenido como un régimen excepcional que permite atemperar el exacto cumplimiento de la deuda dineraria. El actual contexto de crisis económica ha llevado a redescubrir esta figura, motivando la reflexión sobre su potencial desarrollo futuro.

PALABRAS CLAVE. Dación en pago, dación en pago necesaria, obligación pecuniaria, falta de liquidez, cumplimiento.

ABSTRACT. Historically dation in payment necessary was a mechanism used to solve the problem of illiquidity of the debtor money, when they could not sell their goods to market at fair price. The Spanish Civil Code didn't incorporate this way of dation, but the Navarra Civil Code has regulated this figure as an exception to the exact performance of the debt money. The current economic crisis has led to rediscover this figure and motivated the reflection of its future development.

KEYWORDS. Dation in payment, Dation in payment necessary, debt money, illiquidity, performance.

SUMARIO

I. ILIQUIDEZ, PAGO Y GARANTÍA. II. PAGO O CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. III. LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA: UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL. 1. Origen de la figura y contexto social. 2. Evolución posterior: extensión de la figura y olvido en la codificación. 3. La dación en pago necesaria en Navarra: la Ley 493 del FN. A) Cuestiones generales y ámbito de actuación. B) Requisitos para la operatividad de la dación en pago necesaria. C) Dinámica de la dación en pago necesaria. a. Aspectos generales. b. Decisión judicial y efectos sobre la exigibilidad de la prestación. c. Decisión judicial y efectos sobre las garantías. d. Consumación de la dación en pago necesaria: extinción de la obligación de cantidad. IV. PAPEL DE LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA: REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. ILIQUIDEZ, PAGO Y GARANTÍA

Desde hace un tiempo los medios de comunicación se van haciendo eco de decisiones judiciales en las que se plantean, de una manera u otra, la posibilidad de que el préstamo solicitado para adquirir una vivienda gravada con garantía hipotecaria pueda quedar satisfecho con la entrega de esa finca. Sin duda, la que ha causado más revuelo mediático, produciendo a partes iguales la esperanza de los cientos de personas que tienen hipotecada su vivienda habitual y una profunda preocupación en el sector bancario dedicado a la concesión de crédito, ha sido el Auto de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011\1) dictado por la Audiencia Provincial de Navarra en procedimiento de ejecución hipotecaria¹.

El Auto confirma la decisión de instancia que denegaba la continuación del procedimiento de ejecución contra el resto de bienes del deudor hipotecario, tras adjudicarse el banco acreedor-ejecutante la vivienda hipotecada. Dicha petición se fundaba en que el valor del inmueble adjudicado no cubría el monto total del préstamo concedido. Se daba la circunstancia de que aquel valor era muy inferior al fijado en la escritura de préstamo y la adjudicación al banco se había producido, por la falta de postores, con las rebajas máximas reseñadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil². La Audiencia consideró, al

-
1. En el mismo sentido Auto de Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona de 4 febrero 2011 (AC 2011\42).
 2. El artículo 671 de la LEC 1/2000 (redacción Ley13/2009) aplicable al caso resuelto señalaba que:
Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 % de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.
Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado”.

igual que el juzgado de instancia, que la adjudicación material al ejecutante de la finca cubría con creces el principal de la deuda reclamada, estimando pertinente que se siguiera ejecución contra el resto del patrimonio sólo para satisfacer las costas y liquidar los intereses. Los argumentos que se aducen para fundar esta decisión, ciertamente mediática, sintéticamente se pueden condensar en los siguientes aspectos.

En primer lugar, se aprecia que el banco ejecutante se halla vinculado por sus propios actos. Éste había otorgado a la vivienda en la escritura pública de préstamo, en la que se constituyó la garantía hipotecaria, un valor de tasación para su ejecución que resultaba más que suficiente para satisfacer el crédito concedido. Sin embargo, tras quedar la subasta desierta, la adjudicación realizada de la finca lo fue por un importe muy inferior.

En segundo lugar, se estima que el comportamiento del acreedor-hipotecario resulta próximo al abuso del derecho, por más que se lo permita la literalidad de la ley. Se argumenta que, si la finca hipotecada posee en el momento presente un menor valor, tal depreciación tiene su origen en la crisis económica y ésta procede de *“la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias”*.

En tercer lugar, se alega la necesidad de que las normas sean aplicadas conforme a la realidad social del tiempo en el que han de ser utilizadas atendiendo a su espíritu y finalidad -artículo 3-1 Cc-. Por ello, el Tribunal considera que, aun cuando no exista “abuso de derecho”, *“moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida del valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad ejecutante, o cuando menos aceptado”*.

La argumentación se concluye con la valoración judicial de insuficiencia probatoria sobre la depreciación del valor de la finca respecto al fijado en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria.

Dicho precepto ha sido recientemente reformado por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, disponiéndose que: “Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado”.

Ciertamente, desde una perspectiva jurídica, las razones que el Tribunal esgrime para justificar su decisión son de difícil defensa. No obstante, el espíritu que las anima apuntan cuestiones que merecen cierta reflexión, cuando no una revisión de algunos aspectos nucleares de la disciplina jurídica del cumplimiento contractual; como son la inderogable exactitud del pago o cumplimiento de las obligaciones -salvo que otra sea la voluntad del acreedor-, la eficiencia económica de la realización del valor de las garantías reales de hipoteca y prenda³, o el omnímodo alcance de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc)⁴. También suscita la reflexión sobre otras cuestiones conexas, tales como la prohibición del “pacto comisorio” (art. 1.859 Cc) o la dimensión del enriquecimiento injustificado que cabe aceptar en nuestro sistema⁵; mecanismo éste último al que los Tribunales están recurriendo para justificar decisiones de justicia material en aras de lograr la proporcionalidad

-
3. Cf. ALONSO SÁNCHEZ, B., *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Edersa, 1999, pp. 100 y ss.
 4. Sobre este tema existen ya algunas resoluciones interesantes como el Auto de 26 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm. 3 (AC 2010,1828), en el que se dio por concluido el concurso voluntario de dos pensionistas y declaró extinguidas las deudas que no pudieron ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, lo que supone una clara restricción del principio recogido en el art. 1.911 del Cc. Las razones que se ofrecen resultan significativas. Se aduce que, siendo los concursados deudores de buena fe, se han visto abocados a una situación no deseada de insolvencia definitiva, su situación “no puede ser penalizada ni con la conversión del concurso en un purgatorio ni en un continuo retornar de ahí que se opte por una interpretación del artículo 178.2 de la Ley Concursal que permita cancelar o extinguir todo el crédito concursal que no haya sido satisfecho con cargo a la masa activa del concurso, extinción que no afecta a los créditos que hubieran nacido tras la declaración de concurso”. Asimismo se indica que, “aunque el concurso de la persona física no permita ni la extinción física ni la extinción moral por medio de la exclusión social o de dejar al sujeto al albur de la beneficencia pública o privada, ha de optarse por una interpretación de la norma que permita cumplir con los fines del concurso y garantizar, sino la extinción de la personalidad, cuando menos la extinción de los créditos concursales una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos”. En el supuesto enjuiciado se daba la circunstancia que los pensionistas habían satisfecho el 45% del crédito ordinario y el 100% del crédito privilegiado
 5. Así, la SAP de 22 de diciembre de 1998 (AC 1998, 8229) consideró que no existía enriquecimiento sin causa, por parte de la entidad bancaria ejecutante que se había adjudicado el bien por un valor muy inferior al tasado, al vender posteriormente dicho bien a un tercero al precio de mercado -muy próximo al fijado en la tasación-. Este planteamiento se ha defendido por la doctrina considerando que no cabe pretensión por enriquecimiento sin causa aunque exista desfase entre el valor de adjudicación obtenido por el acreedor ejecutante en el procedimiento hipotecario y el valor que se logre posteriormente con su venta en el mercado (AAVV, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, p. 686). Con todo, el actual contexto de iliquidez y crisis económica ha replanteando judicial y doctrinalmente estos postulados.

económica de las garantías reales con los créditos que garantizan (SAP de Ciudad Real de 17 enero de 2011, rec. 352/2010)⁶.

II. PAGO O CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Como es bien sabido, el pago o el cumplimiento de las obligaciones en el régimen general obedece al principio inderogable “aliud pro alio invito creditorum solvi non potest”. Dicho principio, acuñado en Derecho Romano (ley 2, párr. 1º, tit. 1, libro 12 del Digesto) con algunas atemperaciones, se propuso por la dogmática francesa como un axioma para el que no cabía excepción. El Código civil francés de 1804 lo recogió en su artículo 1.243⁷; y GARCÍA GOYENA, siguiendo esta estela, lo introdujo en el artículo 1.089 de su Proyecto de Código civil de 1851⁸, con una dicción semejante a la que contiene nuestro vigente artículo 1.166 del Código civil en su párrafo primero.

El principio consagró, sin excepción alguna, el derecho de todo acreedor a exigir que la prestación se lleve a cabo tal y como se convino en su constitución. Ello supone para el deudor el inexorable deber de cumplimiento de la prestación de forma exacta, íntegra y sin fraccionamiento, ya que al acreedor le asiste el derecho a exigir una prestación idéntica a la pactada.

Como ha reseñado HERNÁNDEZ-GIL⁹, en materia de pago de las obligaciones nuestro sistema impone la igualdad entre el objeto de la obligación y el de su cumplimiento. La exactitud la demanda el artículo 1.157 del Código civil al indicar que “no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obliga-

-
6. En relación con el proceso de ejecución hipotecaria la Audiencia reconoce que “en la ejecución el principio cardinal que, a su vez, constituye la meta del proceso, es la satisfacción del acreedor (artículo 570 de la Ley de enjuiciamiento civil), habrá de tenerse en cuenta la efectividad del rendimiento real obtenido por el acreedor. Por más que la ley le otorgue esa facultad de adjudicación por un precio rebajado, los principios de buena fe y de la prohibición del enriquecimiento injusto, obligan a huir del puro nominalismo para atender al beneficio obtenido, de manera que el acreedor debe computar con cargo a la deuda pendiente la totalidad del mismo, sin que pueda reclamar, sin caer en un enriquecimiento abusivo, más que aquello que realmente queda sin cubrir, una vez descontado el rendimiento obtenido” (FD 6º).
 7. «Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit offerte égale ou même plus grande».
 8. “El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor que la debida” (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T. III, Madrid, 1852, p. 121).
 9. *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 331 y ss.

ción consistía". El principio se desarrolla en el artículo 1.166 del Código civil estableciendo, para las obligaciones de dar, que *"el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir otra diferente, aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida"* (párrafo primero); y disponiendo para las obligaciones de hacer que *"tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor"* (párrafo segundo). El acreedor ostenta el derecho a que se observe la regla de la identidad y no queda privado de este derecho a la ejecución exacta de la prestación debida ni siquiera cuando se le ofrezca una prestación objetivamente mejor. Es más, en tal supuesto éste puede rechazar legítimamente el pago o cumplimiento que se pretenda por el deudor sin que entre en juego el régimen de la consignación, ya que el acreedor está legitimado para rehusar justificadamente el pago (art. 1.176 del Cc) y desatar todas las consecuencias que genera el incumplimiento.

Esa identidad del pago o cumplimiento, según HERNÁNDEZ-GIL¹⁰, debe ser total respecto a la prestación y sus circunstancias, lo cual implica que hayan de respetarse todas las previsiones establecidas tanto respecto a su cualidad como a su cantidad e, incluso, las dispuestas en cuanto a tiempo y lugar.

No obstante, según advierte CRISTÓBAL MONTÉS¹¹, el régimen del cumplimiento no es tan riguroso como se apunta, pues ello se opone a la particular atmósfera de buena fe, comprensión y permisividad que envuelve el mundo de las obligaciones y el de su cumplimiento, en el que el *vinculum equitatis* se superpone o añade al *vinculum voluntatis* querido por las partes. En el pago o cumplimiento cabe admitir una cierta y relativa disimilitud entre lo debido y lo cumplido, si ello no afecta de manera sensible al interés del acreedor y se puede encajar en los dictados de la buena fe. Así parece admitirlo la jurisprudencia cuando estima que no puede rechazarse la prestación ofrecida, escudándose en el artículo 1.166 del Código civil, si ésta no se diferencia de forma relevante de la debida¹², ya que los derechos deben ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Cc).

10. *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pp. 331 y ss.

11. *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 88-89.

12. Cf. STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 156) en la que se rechaza la alegación de que existiera un aliud pro alio por construcción de la solera con un material de denominación y marca distintas, aunque de idéntica calidad y características a la pactada. En dicha sentencia se reconoce, con cita de STS de 20 de noviembre 2008, que *"la doctrina del aliud pro alio se desarrolla a partir del art. 1166 Cc (...) se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual"*.

Con todo, el margen de tolerancia para la disimilitud es mínimo, dado que la exactitud de la prestación comprende los aspectos principales y secundarios de la prestación, y esa diversidad se tendrá que “determinar por el valor, la función y los usos relativos a la clase de prestación de que se trate, de acuerdo con la buena fe”¹³.

Excepciones a esa regla de la identidad son la dación en pago y la cesión de bienes para pago; únicamente posibles con la cooperación y el consentimiento del acreedor, quien tendrá que prestar su aquiescencia a propósito del cumplimiento y no en el momento de constitución de la obligación.

A esa caracterización se añaden otras dos notas que han venido definiendo el perfil de la exactitud del pago o cumplimiento: su integridad y su indivisibilidad.

El acreedor tiene derecho a exigir que la prestación se realice por entero, como reseña el artículo 1.157 del Código civil “*completamente*”; y, por ello, no existirá identidad en el cumplimiento cuando la prestación no se realice íntegramente. Esta exigencia supone que el pago sólo tendrá esa cualidad si se satisfacen todos los gastos que competen al deudor por el cumplimiento (art. 1.168 Cc), y si se abonan los intereses en las obligaciones que los devenguen (art. 1.097 Cc). También implica que habrá de realizarse toda la actividad comprometida o el acto de entrega que requiera el cumplimiento a fin de que la prestación debida quede a disposición del acreedor, pasando ésta a formar parte de su patrimonio como elemento activo.

Asiste, igualmente, al acreedor el derecho a que la prestación se satisfaga en un solo acto a pesar de que ésta sea susceptible de fragmentación. La indivisibilidad del pago sólo se excluirá si hay pacto en tal sentido o se aprecia una voluntad inequívoca del acreedor de aceptar el cumplimiento parcial (art. 1.169 Cc). Sin esa aquiescencia, ya sea anterior o posterior a la celebración del contrato, el deudor no puede compeler al acreedor a que reciba parcialmente el pago, incluso cuando éste lo hubiera aceptado con anterioridad. No puede desconocerse que la propia excepción a la indivisión del pago, dispuesta en el párrafo segundo del artículo 1.169 del Código civil para la deuda que tuviera una parte líquida y otra ilíquida, se prevé como un derecho exclusivo del acreedor: “*podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda*”.

El sistema se completa con la determinación a favor del acreedor de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 Cc), éste responde

13. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1166”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XVI-1, Edersa, Madrid, 1980, p. 104.

del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros; lo que proyecta hacia el futuro ese deber de satisfacción exacto e íntegro de las prestaciones.

El carácter universal de la responsabilidad por deudas entraña la afectación completa del patrimonio del deudor al cumplimiento de las obligaciones mientras no se extingan, ya cuente éste con tal patrimonio al devenir exigible la prestación o cuando debió ser satisfecha, como si posteriormente lo adquiere por cualquier título. De este régimen sólo quedan excluidos los bienes que la ley declara específicamente inembargables; tales son los reseñados en los artículos 605¹⁴, 606¹⁵ y 607-1¹⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los reconocidos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011 de 1 de julio, de medi-

14. Artículo 605. Bienes absolutamente inembargables

No serán en absoluto embargables:

1º Los bienes que hayan sido declarados inalienables.

2º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.

3º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.

4º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.

15. Artículo 606. Bienes inembargables del ejecutado

Son también inembargables:

1º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

16. Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones

1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.

2º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.

3º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.

4º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.

5º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

das de apoyo a los deudores hipotecarios, para la protección de la familia que deviene insolvente¹⁷.

Conviene, además, recordar que ese principio de responsabilidad patrimonial universal otorga al acreedor un poder de actuación sobre el patrimonio del deudor que, como señala DÍEZ PICAZO¹⁸, supone una suerte de garantía, entendida ésta en el sentido de que aquél goza de las facultades necesarias para impedir la preparación, consumación o el aumento de la insolvencia patrimonial deudora, y para lograr la disminución o la desaparición de la ya producida. Sin embargo, el artículo 1.911 del Código civil no confiere al acreedor “un derecho real de garantía” en el concepto jurídico propio del término, que entrañe una “afección real” de todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación. Pues la noción de garantía, que implica un refuerzo singular del crédito, es en sí misma incompatible con la idea de un derecho subjetivo autónomo que afecte al completo patrimonio de la persona, ya que resulta común por hipótesis a cualquiera y todo el que tenga la condición de acreedor.

Ciertamente, como ha señalado la doctrina¹⁹, no puede existir en sentido jurídico un “deudor” que no responda del cumplimiento de sus obligaciones. Los pactos que impliquen con carácter absoluto una “no responsabilidad” son nulos, pues vulneran los límites previstos en el artículo 1.255 del Código civil y dejan al arbitrio de aquél el cumplimiento de las obligaciones que contrajo, lo que veda el artículo 1.256 del Código civil. Nada obsta, sin embargo, a que la responsabilidad se pueda limitar a bienes concretos y se restrinja a éstos el poder de agresión del acreedor. Así se ha aceptado para la hipoteca voluntaria, entendiendo válidos los pactos que circunscriben la responsabili-

17. Artículo 1. Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares.

En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50% y además en otro 30% del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma Ley.

18. *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, vol. I., 2^o ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 387 y ss.

19. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Artículo 1911”, *Comentario al Código civil*, T. II., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2057 y ss.

dad a los bienes hipotecados (artículo 140 LH)²⁰, y cabe colegirlo para la renta vitalicia constituida a título gratuito por la previsión de su inembargabilidad (artículo 1.807 Cc)²¹.

En suma, para el acreedor no siempre tiene un carácter absoluto el principio de responsabilidad patrimonial universal, como se deduce de lo expuesto y advera la eficacia de las quitas o remisiones de deuda que pueden imponerse a los acreedores en el procedimiento concursal (art. 100-1 LC)²².

El régimen descrito sobre el pago o el cumplimiento, correspondiente al Derecho común general, presenta matizaciones significativas en Navarra que singularizan la disciplina foral frente a la expuesta del Código civil.

Así, el Fuero Nuevo aunque afirma en sede de cumplimiento el principio general "*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*" (ley 493, párr. 2º inciso primero), conforme a los antecedentes romanos justinianos de la *solutio* y la *satisfactio*, prevé dos excepciones al poder del acreedor para rehusar un cumplimiento que no sea completo, o rechazar la entrega de un objeto distinto al debido: el pago parcial de cantidad y la dación en pago necesaria (ley 493, párr. 2º, inciso segundo y tercero del FN).

En cuanto a esa primera excepción, la ley 493, párr. 2º inciso segundo del Fuero Nuevo faculta al deudor para que pueda compeler al acreedor a que "*acepte el pago parcial de una cantidad*" si garantiza "*el pago de la cantidad restante*"²³. Con ello se atempera la regla general de integridad del pago, lo que

20. "No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121".

21. "El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a un embargo por obligaciones del pensionista".

22. 1. "La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites".

23. Esta previsión, según se indica en la Recopilación Privada en la nota a la ley 506, proviene de las previsiones mitigadoras que introdujo Justiniano, permitiendo excepcionalmente el pago parcial (Dig. 12,1, 21).

es desconocido en el Código civil. Esta previsión no admite una aplicación indiscriminada. Así, el deudor puede imponer un pago parcial de su débito siempre que se satisfagan dos condiciones: a) que el pago parcial pretendido lo sea en cumplimiento de un crédito de cantidad -deuda de dinero-; y b) que se preste garantía suficiente -a criterio del acreedor o del Juez- que asegure al acreedor la satisfacción del resto²⁴.

La segunda excepción, la “*datio in solutum necessaria*”, que otorga al deudor el poder para instar el amparo judicial a fin de que se imponga al acreedor la aceptación de un objeto distinto en pago de crédito de cantidad, resulta aún más singular. La institución, excluida conscientemente del Código civil, constituye un instrumento de especial utilidad para el deudor que carece de liquidez y ve como se agrava su situación patrimonial. De ella se viene hablando con carácter general en diversos foros, apuntándose como una solución al creciente y dramático problema de la ineficiencia económica del proceso de ejecución hipotecaria e imposibilidad de saldar la deuda asegurada con el importe obtenido o valor asignado al bien ejecutado. A su análisis nos dedicaremos en las páginas siguientes, abundado para su correcta comprensión en su origen histórico, evolución normativa y actual configuración en el Fuero Nuevo de Navarra.

III. LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA: UN RÉGIMEN EXCEPCIONAL

I. Origen de la figura y contexto social

Los precedentes normativos de la “*datio in solutum necessaria*” se hallan ligados a momentos y contextos históricos en los que la iliquidez constituía un problema de orden público. Todos ellos compartían un elemento común: la existencia de una situación de crisis económica que motivaba que el dinero escasease y el valor de la propiedad inmobiliaria se depreciara, haciendo muy difícil -cuando no imposible- el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

24. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Ley 493”, *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Editorial Aranzadi-Gobierno de Navarra, Cizur Menor, 2002, p. 1.669.

El primer hito normativo que se cita a esos efectos es la legislación de Julio César, dictada en época de la guerra civil e incorporada a la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis* (49 a.C.)²⁵. Julio César, ante la disminución de la *fides* y el impago de las deudas existentes en ese momento histórico, dispone un procedimiento que permite resolver el problema del cumplimiento de las obligaciones ofreciendo una salida adecuada a los intereses de los deudores y acreedores. En primer lugar, encarga el nombramiento de árbitros que estimen las "*possessiones*" y las "*res*" de los deudores al valor prebélico que tuvieran, premisa indispensable para la posterior "*traditio*" de los bienes a los acreedores. Y manda que los deudores satisfagan a los acreedores con sus "*possessiones*" conforme a la valoración del precio de antes de la guerra, y una deducción de cuanto se hubiera pagado "*usurae nomine*" (lo que entraña una rebaja de un cuarto del débito)²⁶.

El procedimiento perseguía eliminar o disminuir el temor a una "*novae tabulae*" que conllevara la total cancelación de las deudas, fenómeno generalmente verificado después de las guerras y las "*civiles dissensiones*", así como lograr la tutela adecuada de la "*existimatio debitorum*"²⁷. Según parece, esa ley del 49 a. C. fue adoptada por Cesar en contra del criterio de un sector de su partido que quería que se cancelaran totalmente los débitos. La doctrina la ha entendido como una norma de carácter coyuntural y política, inspirada más en el *favor creditoris* que en el *favor debitoris*, y de vigencia muy limitada²⁸.

El punto crucial para el tema será la época justiniana, en ella se asentarán las bases normativas de la institución de la "*datio in solutum necessaria*" o "*beneficium dationis in solutum*", perfilándose esta figura como un mecanismo que posibilitará la liberación de deudor sin consentimiento del acreedor y constreñirá a éste a aceptar un "*aliud pro alio*"²⁹. Los textos en los que se ha fundado específicamente esta institución son la Nov. 4, 3 y la Nov. 120, 6, 2.

25. SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 270 y ss.

26. (SVETONIO, De vita Caesarum. 1,42,2) *De pecuniis mutuis disiecta novarum tabularum expectatione, quae crebro movebatur, decrevit tandem, ut debitores creditoribus satisfacerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numeratum aut perscriptum fuisset; qua condicione quarta pars fere crediti deperibat.*

27. (CAES, Bell. Civ., 3,1,2-3) *His rebus confectis, cum fides tota Italia esset angustior neque creditae pecuniae solverentur, constituit, ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque earum ante bellum fuisset, atque hae creditoribus traderentur. Hoc et ad timorem novarum tabularum tollendum minuendumve, qui fere bella et civiles dissensiones sequi consuevit, et ad debitorum tuendam existimationem esse aptissimum existimavit.*

28. Cf. BONINI, R. "La c.d. datio in solutum necessaria" (Nov. Iustiniani 4,3 e 120,6,2). *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, II, Patron Editore, Bologna, 1973, pp. 27 y ss.

29. La doctrina, no sin discusión sobre su clasicidad, ha apuntado la existencia de otros pasa-

La primera Novela (4,3)³⁰ la dirige Justiniano a Juan de Capadocia -prefecto pretorio- en el año 535, disponiendo algunas pautas de actuación sobre la forma en que deben ser satisfechos los acreedores cuando los deudores ejecutados, que resultan insolventes, no dispongan de dinero contante, pero sí posean bienes inmuebles que no hubieran podido colocar en el mercado.

Justiniano inicia el capítulo 3 con una declaración de política legislativa en la que desvela los intereses que le mueven a proponer esta medida, y que justifica en razones humanitarias de favor -evidente- para los deudores, que reconoce pueden desagradar a algunos acreedores.

La medida se restringe al supuesto de que un mutuante, después de haber confiado en la solvencia del mutuario, se encuentre ante un deudor que no puede hacer frente con dinero a sus obligaciones, a pesar de ser éste propietario de bienes inmuebles. Tiene presente varias circunstancias: a) que la insistencia del acreedor en su pretensión no sirve para cambiar el estado

jes del Digesto en los que cabe apreciar la existencia de esta institución (D. 19,2,9, pr. y D. 19,2, 60 pr.). Para un estudio detallado Cf. BONINI R., "La c.d. datio in solutum necessaria" (Nov. Justiniani 4,3 e 120,6,2). *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, II, Patron Editore, Bologna, 1973, pp. 32 y ss.

30. "*Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur.*

Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia (damus enim creditori volenti immobiles res accipere pro auro), sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem; tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit.

Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia, si aurum non recepit aut aliud rerum quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores quia, etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio ad hoc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturus erat quam propriis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem. Quamobrem quos cum iniuria et affectu acerbo perduceret creditorem el debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decidentes et infelicibus debitorum auxiliamur et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis deputantes ad quam, si permanerent inoboedientes, tamen modis omnibus advenirent. Si itaque credior paratus est preparare quondam emptorem, necessitatem habere debitorem hoc agere, praebentem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est dare possibilis. Undique enim ita creditoribus providendum est, ut non debitores graventur".

de iliquidez del deudor; b) éste carece de bienes muebles con los que pueda satisfacer -con el consentimiento del acreedor- la prestación de dinero; y c) el deudor no puede vender la cosa inmueble por falta de comprador³¹, ya que frecuentemente el bien se encuentra sujeto ("*obligate*") a título de pignus -como garantía-, lo que desincentiva su adquisición a los potenciales compradores.

En estos casos la novela ordena que los magistrados de Constantinopla y los presidentes de la provincia hagan una estimación exacta de los bienes inmuebles del deudor, y luego procuren transferir a los acreedores la "*possessio*" de una parte de éstos hasta la total concurrencia del monto de la deuda; imponiendo la obligación al deudor de prestar una "*cautio*", dentro de sus posibilidades, para garantizar la evicción³². La atribución de estos bienes deberá hacerse de manera que el acreedor reciba las mejores cosas, quedando las peores en manos del deudor, pues no sería justo que se efectuara de otra forma en perjuicio de un sujeto al que se le ha asignado un bien inmueble en lugar del dinero al que tenía derecho -o, eventualmente, en lugar de cosa mueble-.

El tratamiento que se dispensa al acreedor, se afirma en la ley, constituye una "*manifesta benevolencia legis*", pues aunque no se hubiera dictado la norma, el acreedor habría conseguido el mismo resultado práctico a través de la "*cessio bonorum*" a la que quedaría conminado el deudor a falta de otro recurso. El legislador, según explica la novela, ha querido únicamente anticipar eventos ineluctables que podrían generar un recíproco daño al acreedor y al deudor. Con esta humana decisión se pretende salir al encuentro del los infelices deudores y, al mismo tiempo, no mostrarse "duro" frente a los acreedores. Además, se deja a salvo para el acreedor la posibilidad de que busque un adquirente para esos bienes, debiendo el deudor prestar una caución según el "*arbitrio iudicis*", ya que se debe intentar ayudar a los acreedores cuando ello no suponga un excesivo gravamen para los deudores³³.

La segunda Novela (120, 6, 2), dictada en el año 544 para el prefecto del pretorio Pedro, pretendía mitigar los problemas a los que se enfrentaban las

-
31. La doctrina ha discutido arduamente si la media dispuesta a favor del deudor operaba sólo para la hipótesis de una carencia absoluta de comprador, o también para el caso de que aquél careciera de comprador a un justo precio. BONINI, R. (*Ob. cit.*, p. 12, n. 9) consideraba, en atención al tenor literal del texto, que únicamente era aplicable cuando existía un absoluta carencia de compradores. La segunda hipótesis, la aplicación de la medida en caso de que no se lograra un justo precio con la venta, se ha sostenido por BRUGI, B., *Istituzioni di diritto romano (diritto privato giustiniano)*, Torino, 1926, p. 426, y SACCOCCIO, A., "La datio in solutum necessaria", *cit.*, p. 24, n. 16.
 32. BONINI, R., *Ob. cit.*, p. 12, n. 11; SACCOCCIO, A., "La datio in solutum necessaria", *cit.*, p. 25, n. 20.
 33. BONINI, R., *Ob. cit.*, pp. 8-16; SACCOCCIO, A., "La datio in solutum necessaria", *cit.*, pp. 18-27.

entidades eclesiásticas para satisfacer a sus acreedores, empleando el mecanismo descrito en el texto precedente. La previsión se ha entendido como una excepción a la prohibición de enajenación impuesta a la autoridad eclesiástica, particularmente respecto a la propiedad inmueble.

En el caso de que los “*venerabilis domus*” no hubieran satisfecho “*publica tributa*” o hubieran incumplido débitos derivados de cualquier otra “*necessitatis causa*”, y la institución pública no poseyera bienes muebles con los que poder hacer frente a la situación, pero contara con bienes inmuebles, Justiniano establece en su condición de protector y de jefe de la Iglesia que se adopte un procedimiento particular para satisfacer a los acreedores. El procedimiento, como ocurría en la Novela 4, 3 es complejo y lo describe con detalle la ley.

En primer lugar, se establece que sobre tales bienes inmuebles se atribuya a los acreedores una especie de prenda, que les permita hacer suyos los frutos, imputándolos primero al capital y después a los intereses³⁴.

En segundo lugar, cuando esas “*Piae causae*” no quieran servirse de ese mecanismo, se dispone que los administradores de éstas deban dirigir una suerte de nota informativa a los santísimos patriarcas que hubieran ordenado ese rechazo, en la que declararán la existencia del crédito y la incapacidad para cumplir, incluso con los bienes muebles en su poder. Hecho esto, se deberá publicar durante veinte días un bando de venta de los bienes inmuebles³⁵.

En tercer lugar, si por esa vía no se logra encontrar un comprador, se abre el recurso procedimental que nos ocupa. Se ordena que el acreedor sea conminado a aceptar *pro soluto* la posesión de los inmuebles de los *venerabiles domus*. De tales inmuebles se tendrá que realizar una exacta y precisa estimación, aumentada en un décimo (con el fin de fijar los bienes que se atribuirían al acreedor en “*firmiter dominium*”). A esta “*venditio*” deberán consentir los administradores y la mayor parte de los que ejercen su ministerio en la *venerabilis domus*. Se precisa, por último, que la *datio* de los inmuebles no

34. (Nov. 120, 6, 2) “*Haec etiam super ipsis venerabilibus domibus definire praevimus, ut si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari immobilem rem creditori, ut eius fructus colligens reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis quam in usuris non amplius quarta parte centesimae*”.

35. “*Postquam vero ista subsecuta fuerint apud memoratos sanctissimos patriarchas aut metropolitans aut alios episcopos, tunc praedicti ordinatores debitorum domus venerabilis in scriptis in publico civitatis loco proponant per viginti dies, et isto modo hortentur eos qui emere volunt immobilem rem, ut qui plus praeferat aliis praeponatur*”.

podrá ser elegida por los acreedores, si bien tendrá que observarse una proporción entre los fondos estériles y fértiles³⁶.

Como ha señalado la doctrina³⁷, de las fuentes justinianas se traslucen dos ideas de especial importancia para el entendimiento y evolución posterior de la dación en pago necesaria.

La primera que se vislumbra es que fueron razones de política social y económica las que motivaron las decisiones de Justiniano en aras de la tutela de los deudores. La intervención del emperador perseguía resolver cuestiones de mayor calado que el reequilibrio de las relaciones entre los contratantes, tema que podría haberse resuelto –en abstracto– a través del principio de buena fe como modo de integración del contenido contractual. Las normas dictadas pretendieron ser un instrumento efectivo de política legislativa que paliase los problemas derivados de la crisis económica, pues la coyuntura social había llevado a los deudores a una situación en la que resultaba enormemente difícil lograr monetizar los bienes más valiosos y, por tanto, se hacía imposible cumplir las obligaciones en los términos que se habían pactado inicialmente. La compulsión al acreedor para que aceptara terrenos en pago de sus créditos dinerarios permitió que los deudores pudieran extinguir sus obligaciones y satisfacer las deudas contraídas, sin ceder a la presión económica de la devolución excesiva de sus bienes inmuebles por las dificultades en su realización.

Una segunda idea que desvela las Novelas es que este remedio tenía un carácter claramente excepcional, justificado en la escasez de trabajo y la crítica situación económica vivida que impedían que los deudores pudieran encontrar compradores para sus bienes inmuebles a un justo precio. Se trataba de un *ius singulare*, si bien justificado en la coyuntura económica y social. No obstante, éste se convirtió en un instrumento habitual en su deve-

36. *“His vero omnibus procedentibus venditionem fieri pretio modis omnibus pro debito dando, ut non aliter habeat emptor munitioem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur, et hoc evidenter inscribatur, quia nihil ad laesionem aut praescriptionem eiusdem venerabilis domus efficitur.*

Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessorum, ita tamen ut ordinatores debitoris venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat.

Quae autem praebetur in hoc immobilis res non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem aliud quidam fructiferarum vero et sterilium possessionum eiusdem venerabilis domus et in reditu earum et in fiscali solutione et reliquae ordinationis”.

37. SACCOCCIO, A., “La datio in solutum necessaria”, *cit.*, pp. 37-39.

nir posterior, recurriéndose a él cíclicamente para paliar situaciones de crisis homologables a las descritas.

2. Evolución posterior: extensión de la figura y olvido en la codificación

En los siglos posteriores la figura de la *datio in solutum* se generalizó tanto en su variante voluntaria como en la necesaria. A esta segunda los glosadores y comentaristas de los siglos XII al XVI le dedicaron una atención especial por considerarla un instituto original y de gran importancia económico-social. Se produjo una teorización de aquélla, haciendo fortuna la idea de generalizar el "*beneficium dationis in solutum*" a todo deudor.

En esa línea, los juristas de la última época de los siglos XV y XVI realizaron relecturas de la compilación justiniana en busca de manifestaciones de esta institución. Así, por ejemplo, GIASON DEL MAINO (1453-1519), sobre la base de la elaboraciones precedentes de la Glosa y de BARTOLO DE SASSO-FERRATO, afirmó el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* identificando en el Digesto veinte supuestos que excepcionaban el mismo³⁸.

En esa época se produjo, además, una deriva del pensamiento jurídico hacia la consolidación del cumplimiento por equivalente como un principio general en virtud de la equidad, ya que parecía más conveniente para el propio deudor sin que se generara de contrario daño para el acreedor.

La propia interpretación de los comentaristas condujo a la evolución y ampliación de la figura. La *datio in solutum necessaria* devino de medio extraordinario para la tutela de los deudores, que eran víctimas de una contingencia económica particular, en un instrumento habitual con el que los acreedores podían satisfacerse sobre el patrimonio del deudor en sede de ejecución. En este contexto la calificación de "*necessaria*" terminó por significar la posibilidad de que el deudor pudiera exigir que el acreedor aceptara un *aliud pro alio*, pues éste carecía de la facultad para rechazar la entrega. Tal calificación supuso a la vez la obligación del deudor de responder "*necesariamente*" con todos los bienes propios en el caso de incumplimiento, liberándose

38. Cf. BLANCH NOUGUÉS, J.M., "Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2010-I, pp. 48 y ss.

en definitiva de la obligación –sobre todo en sede de ejecución judicial- con objetos o prestaciones diversas a las previstas originariamente³⁹.

Por su parte, las legislaciones medievales de ese periodo acogieron la figura con una singular variedad de perfiles.

En Derecho castellano el “*beneficium dationis in solutum*” no resultó en modo alguno desconocido, aunque se afirme que tuvo un papel secundario y fue escasa la aplicación del régimen de las novelas justinianeas. Algunas leyes del Fuero Real y las Siete Partidas confirman que, si bien se recibió el principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, éste se acompañó de excepciones notables en la línea planteada por glosadores y comentaristas.

Así, en el Fuero Real (Lib. III, Tit. 20, Ley 16) se dispuso que “*Sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el oro sea pagado, vala tal paga e mas non gela pueda demandar*”.

Por su parte, la Partida 5, 14, 3 estableció que el “*pagamiento de las deudas deue ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deue se fazer de tales cosa como fueron puestas e prometidas en el pleyto quando lo finieron, e non de otras, si non quisieren aquel a quien fazen la paga*”. Y también admitió: “*Pero si acaeciese, que el deudor non pudiesse pagar aquellas cosa que prometería, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la menera que auia prometido, deue cumplir de otra quisa el pleyto, según su aluedrio del judgador del lugar*”.

De la presencia del “*beneficium dationis in solutum*” en nuestro Derecho histórico se hará eco GREGORIO LÓPEZ en su glosa a esa ley de Partidas (“*hic est unus casus in quo potest solvi aliud pro alio*”), apuntando otras reseñadas por los glosadores⁴⁰. Insiste en que el origen de esa excepción es la Novela 4, 3

39. SACCOCCIO, A., “La datio in solutum necessaria”, *cit.*, pp. 43-45.

40. *Las Siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, glosadas por Gregorio López, T. II, Madrid, 1789, p. 873, 2. “alios enumerat Gloss. in dict. L. eum, C. eod. & Gloss. in dict. L. 2 I. ubi Bart. colum, C. eod. & Gloss. in dict. L. 2. §. I. ubi Bart. colum. fin. ff. Si cert. pet. qui in omnibus ejus dicus ini approbatur per Doct. Ibi, praeter quam in eo, quod in fine dicit, vide ibi per Alexand. & Jason. qui accumulat viginti fallentias ad dictam regulam. Et an pro pecunia in forma possit solvi massa argenti, vel auri Vide per Joan. De Plat. in L. 5. C. de suscept. & archar. Lib. 10 & in L. unica, C. de collat. aeris, & in L. I. C. de argenti pretio quod thesauris inf. rt. eodem lib. & per Decium in dict. L. 2. §. I. & resolutio videtur, quod sic, quando ex hoc creditor nullum damnum pateretur: quod nota ad legem Regni circa retrac-tum rei venditae, quae fuit progenitorum. Et nota bene, quod etiam in caso, ubi potest unum solvi pro alio, veluti si hoc caveretur statuto, vel consuetudine, si tamen intervenit jurmentum, servandum es in forma specifica, ut tradit late Alex. consil. 37. volum. 2. in 2. dubio. Et potest tempus pro tempore solvi, quando non mutatur rei substantia, vel qualitas, secundum Bald. in L. 2. circa fri. C. locati. Et facultas eligendi unum pro alio transit ad singularem successorem, L. si quando 109. § haeres, ubi vide Bart. ff. De legat. I. & ibi etiam

de Justiniano y hace hincapié en el hecho de que es el arbitrio judicial el que ha de determinar la sustitución de la prestación en atención al perjuicio que pudiera sufrir el deudor, siendo este remedio irrenunciable para el deudor, como también acontece respecto a la *cessio bonorum*⁴¹.

Esa ley de Partidas 5, 4, 3 se acogerá en la Nueva Recopilación (Lib. 5, Tit., 21, Aut. 5, 3), aunque solamente reconocerá el principio general (“*que como quiera que uno se aya obligado, lo quede; i que el deudor no pueda pagar una cosa por otra contra la voluntad del acreedor*”) y silenciará el resto.

En siglos posteriores (XVI al XVIII), los juristas dedicaran estudios notables y profusos al “*beneficium dationis in solutum necessaria*” atraídos por su singularidad. En ellos se plasmarán distintas opiniones sobre su bondad, abriéndose una línea crítica a su utilización. Así, desde finales del s. XVI se cuestionará el uso de ese *beneficium dationis* en materia comercial por constituir un obstáculo al carácter expedito y la seguridad que demanda ese tipo de relación negocial. También se planteará su carácter “*uti singuli*” y la imposibilidad de fijar una regla general para su aplicación, ya que el uso de este mecanismo depende de las circunstancias y la situación de los deudores⁴².

Con todo, no se puede olvidar el papel que continuó otorgándose a esa figura, a la que recurrió el Parlamento alemán en un *Reccesum Imperiale* de 1654 para combatir las difíciles condiciones económicas y sociales derivadas de la guerra de los treinta años. Como en épocas pasadas, la *Jüngster Reichsabschieb* de 1654 dispuso en su § 172, en atención a la cuasi parálisis monetaria, que los deudores podrían satisfacer su deudas pecuniarias

vide per Bart. quando per litis contestationem perimatur facultas, quando unum erat in obligatione, aliud in solutione. Et quando unum solvitur por alio, vide per Bart. in *L. si quis stipulatus, ff. eod.* & in casu hujus legis dic, quod procedit etiam si fiat executio sententiae contra debitorem contumacem, ut notat Joan. And. in *addition. ad Specul. tit. de execut. sententiae*, § sequitur in I. addition. Bald. & Salic. in *L. ordo, C. de execut. rei judic*”.

41. *Las Siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, glosadas por Gregorio López, T. II, Madrid, 1789, p. 873, 3. “*Del judgador*. Non ergo tenebitur debitor dare meliorem rem, quam habet prout dicitur communiter in *authent. hoc nisis*, C. de *solut.* sed sufficit, quòd sit mediocres, & sufficiens arbitrio judicis, prout hic habetur; quod tene menti:& videtur approbari hìc opinio, quam tenebat Cynus in *authent. hoc jus porrectum*, C. de Sacros. Eccles. qui intelligebat, quod habetur in *dicta authent. hoc nissi*, de re mediocri, bel dato, quòd procedat in meliori, intelligatur, dum tamen non generetur magnum praejudicium debitori, ut declarat etiam Salic. in dict. *hoc jus porrectum, colum. fin.* qui & vult, quòd huic remedio, de quo in ista lege, non posset renuntiarì per debitorem; sicut neque posset renuntiare cessioni bonorum, ut tradit Alber. in *dicta autehent hoc nisi*, & in *rubric. C. qui bon. ceder. poss. & Bart. in corpore unde sumitur dicta authent. hoc nisi*”.
42. Esta opinión se sostuvo por autores de muy diversa procedencia. En Italia De Luca (1614-1683), en Holanda Grönewegen (1613-1652), y en Francia C. Henris (XVIII) en una quaestio titulada “*Des payement, si l'on peut obliger un créancier de prendre des héritages*”. Cf. SACCOCCIO, *Ob. cit.*, p. 80.

entregando a los acreedores bienes propios, muebles o inmuebles, sin que los pudieran rechazar, conforme a una compleja valoración de esos bienes anterior y posterior a la guerra que favorecía a los deudores⁴³.

Esa ley tuvo una vigencia limitada dado su cariz transitorio, lo que acredita el carácter excepcional de la medida. No obstante, el hecho de que se dictara testimonia la presencia dentro del sistema jurídico romano de una suerte de principio de salvación que permite a los deudores, en presencia de circunstancias excepcionales que les sitúan en tesituras difíciles -cuando no imposibles-, que puedan cumplir sus deudas pecuniarias entregando bienes diferentes al dinero debido e imponer su recepción a los acreedores sin posibilidad de rechazo⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta, además, que los autores de esa época (siglos XVI al XVIII) que se mostraron favorables a la utilización generalizada de la institución que nos ocupa (entre los que destacan ALONSO GUZMÁN, JUAN GUTIÉRREZ o FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA) coincidieron en señalar que la aplicación del *beneficium dationis in solutum* tenía que satisfacer determinadas exigencias. De forma compendiada se entendieron requisitos ineludibles: a) que el deudor no poseyera dinero líquido y le resultara imposible procurárselo, sin su culpa; b) no encontrara comprador para sus propios bienes, o de encontrarlo no se le ofreciera adquirirlo a un justo precio; c) el acreedor pudiera elegir una entre las cosas mejores del deudor; d) el deudor tenía que transferir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y garantizar la evicción con el resto⁴⁵.

Los códigos precedentes a la codificación francesa apuntan ya el giro normativo que experimentará la institución y el papel al que, con carácter general, se le relegará. Así, el Codex Maximilianeus Bavaricus civilis de 1751 incorporará, como regla taxativa, que el acreedor no pueda ser constreñido a aceptar el cumplimiento con un bien diverso al que se hubiera convenido (IV Theil; 14 Cap; § 6); aunque su § 7 acogerá las excepciones acuñadas a ese principio en la tradición medieval (pago del legado de cosa ajena, obligaciones *in faciendo* o las obligaciones alternativas con facultad de elección del deudor). Se advierte, además, cómo algunos códigos de la época (Allgemeine Gerichtsordnung de 1781 -Alemania-; Codice estensi de 1771 y Codice di procedure civile per gli Stati estensi del 1852 -Italia-) desplazan la *datio in solutum necessaria* del Derecho sustantivo al ámbito del proceso civil, disponiéndose

43. POLACCO, V., *Dazione en pagamento*, Padova, I, 1888, 68 y ss.; SACCOCCIO, *Ob. cit.*, p. 77 y ss.

44. SACCOCCIO, *Ob. cit.*, p. 77-80.

45. Cf. POLACCO, V., *Ob. cit.*, 63 y ss.

como el último remedio en el procedimiento de ejecución para el caso de que las pujas queden desiertas.

El cambio definitivo de orientación se producirá con el Código Napoleónico. La dificultad de compaginar el principio de libertad negocial con la restricción de la voluntad creditoria que entrañaba la dación necesaria supuso la erradicación de la figura de la regulación sustantiva. DOMAT (1625-1696)⁴⁶, de manera un poco difusa, y POTHIER⁴⁷ (1699-1772), de forma contundente, sostuvieron que el *beneficium dationis in solutum* no tenía cabida en el Derecho francés, aun cuando dicha institución se hubiera aplicado en algunas regiones de Francia. Conforme a este parecer, se dispuso en el artículo 1.243 del Código civil francés de 1804 que “*le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit égale ou même plus grande*”; previsión que la doctrina entendió como una clara manifestación de la exclusión de la *datio in solutum necessaria* del régimen jurídico general y la admisión implícita de la *dación in solutum* voluntaria.

A partir de ahí, los códigos civiles europeos siguieron ese planteamiento de forma general y excluyeron de sus regulaciones a la dación en pago necesaria⁴⁸. La excepción a esta corriente general la planteó el Código civil austriaco de 1811 que reconocerá en su §1.414 una suerte de posibilidad de que el deudor, ante la imposibilidad sobrevenida de realizar el pago, pueda liberarse entregando un “*aliud pro alio*” también aunque no lo consienta el deudor.

Debe destacarse que el *beneficium dationis in solutum* desde ese momento evolucionará en un doble sentido. Por un lado, se recogerá en las codificaciones civiles sustantivas a través de la facultad “*ex lege*” del cumplimiento por equivalente⁴⁹, previsión que permite cumplir, en caso de la imposibilidad de realización de la prestación, entregando el “*id quod interest*”, según criterio judicial y con independencia de que así lo quiera el acreedor. De otro lado, la *datio in solutum necessaria* -en los términos que se plantearon en el Derecho justinianeo- se incorporará a la regulación procesal civil como un mecanismo aplicable a los procedimientos ejecutivos civiles, que obligará a los acreedores a recibir los bienes cuando las subastas queden desiertas y sin que puedan rehusarlos⁵⁰.

46. *Las leyes civiles en su orden natural*, 2ª ed., T. II, Barcelona 1844, p. 261

47. *Tratado de las obligaciones*, I, Barcelona, 1834, p. 344

48. En esta línea se muestran el Código suizo de las obligaciones de 1911, el BGB alemán de 1900, que regulará la dación en pago voluntaria, o los Códigos civiles italiano de 1942 y portugués de 1967 que seguirán el planteamiento alemán. Cf. SACCOCCIO, *Ob. cit.*, pp. 89 y ss.

49. Cf. SACCOCCIO, A., “*Aliud pro alio...*”, *cit.*, pp. 8 y ss.; “*La c.d. datio in solutum necessaria*”, *cit.*, pp. 106 y ss.

50. Un buen ejemplo de ello son las previsiones del Código de procedimiento civil francés

La codificación española, en líneas generales, no escapará a ese influjo. GARCÍA GOYENA en el Proyecto de Código civil de 1852, asumirá los planteamientos del Code Napoleónico, proponiendo en el artículo 1.089 que *“el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor que la debida”*. La previsión la justifica en el principio de *“aliud pro alio invito creditori solvi non potest”*, consagrado en los precedentes romanos y legislación de partidas⁵¹. Admite la existencia de algunas excepciones que entienden que son *“hijas de la necesidad”*, *“tomadas del Derecho Romano”*, y que identifica con la Nov. 4, 3 que *“concedía al deudor que no tenía dineros ni bienes muebles para proporcionárselos la facultad de pagar en fincas por su justa estimación, si el acreedor no prefería procurar un comprador de ellas”*. El aspecto más significativo de su argumentación es el reconocimiento explícito de la exclusión de dicha excepción –la dación en pago necesaria–, institución que afirma *“se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla”*⁵².

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

Los compiladores forales la recogieron en la ley 506 de la Recopilación Privada, justificando su vigencia en los textos justinianeos citados (Novela 4, 3 y 120, 6,2, Dig. 19,2,9 pr. y 60 pr.).

La ley 493, párr. 2º, in fine del FN la ha tipificado como una excepción al principio general de *“aliud pro alio invito creditori solvi non potest”* con una conformación que –según veremos– resulta muy próximo a su sentido originario y definición ulterior.

de 1806 de la *“mise à prix”*, que en la ejecución de las garantías obligaba al acreedor, para iniciar el procedimiento de ejecución, a proponer una oferta de adquisición del bien ejecutado, quedando obligado a adjudicárselo por ese importe en caso de que la subasta quedara desierta. Cf. SACCOCCIO, *“La c.d. datio in solutum necessaria”*, cit., pp. 92 y ss.

51. “Ley 2, párrafo 1, título 1, libro 12 del Digesto; lo mismo se repite para un caso especial en la ley 16, título 45, libro 12 del Código, y en la 3, título 14, Partida 5 y la 38, título 9, Partida 6”.

52. GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*, T. III, Madrid, 1852, pp. 120 y 121.

3. La dación en pago necesaria en Navarra: la Ley 493 del FN

A) Cuestiones generales y ámbito de actuación

El primer interrogante que plantea la regulación del Fuero Nuevo sobre la dación en pago necesaria, recogida dentro del régimen general del “cumplimiento de las obligaciones” en la ley 493, párr. 2º, in fine, es si ésta se ajusta a las competencias de las que goza la Comunidad Foral de Navarra sobre su Derecho privado y puede considerarse su disciplina ajustada a los parámetros constitucionales en toda su extensión.

La respuesta a dicha cuestión parece necesariamente afirmativa en atención a la competencia exclusiva que el artículo 48 de la LORAFNA atribuye a la Comunidad Foral sobre el contenido del Fuero Nuevo, y la reconocida por la Constitución a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio respecto a su Derecho civil foral o especial (art. 149.1.8 CE).

La sombra que pudiera arrojar sobre esa afirmación el hecho de que el art. 149.1.8 CE atribuya “*en todo caso*” al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre las “*bases de las obligaciones contractuales*” queda despejada en atención a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, no existe una delimitación objetiva respecto a qué sean “*bases de las obligaciones contractuales*” -el texto constitucional no las concreta-, y el legislador estatal no ha dictado norma alguna que las defina.

En segundo lugar, como ha reseñado el Tribunal Constitucional (STC 25/1983, de 7 de abril), la noción de “bases” no se identifica con un elenco de materias concretas, se liga a principios o criterios generales que deben presidir la regulación de un determinado sector material -como el contractual-. La concreción de las “bases” no es un asunto inmutable en el tiempo, dependiendo su definición de los aspectos generales de política común, o razón económica, que concurran en cada momento.

En tercer lugar, la materia contractual nunca se ha cuestionado que fuera insusceptible de integrar la normativa civil foral. De ahí el reconocimiento de la previsión preconstitucional del artículo 13 Código civil, sobre el carácter supletorio del Código civil en estos temas; y la vigente consideración, desde la intelección más restrictiva del artículo 149.1.8 CE, sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan legislar sobre las instituciones que, al momento del advenimiento de la Constitución, se hallaban recogidas dentro de sus Compilaciones -como ocurre con la dación en pago necesaria -.

Por tanto, ninguna tacha constitucional parece que pueda afectar a la regulación que contempla el Fuero Nuevo en las leyes 488 a 514 del FN sobre la disciplina obligacional y el régimen de su cumplimiento, según han reconocido algunas normas estatales⁵³. La circunstancia de que ésta difiera y se contraponga, como ocurre con la institución que nos ocupa, al régimen común que contempla el Código civil no constituye ningún óbice. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el legislador foral “goza de una amplia libertad de configuración legal, más allá de los límites que en esta materia se derivan de la Constitución”; “la existencia de realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución” justifican la posibilidad de que exista un tratamiento específico, y “un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el Ordenamiento surge” (STC 206/2000, de 16 de octubre).

Cuándo se podrá recurrir a este mecanismo singular de extinción de las obligaciones, previsto en la ley la ley 493, párr. 2º, in fine del Fuero Nuevo, es una cuestión que se resolverá en atención a las normas de conflicto interregional dispuestas en los artículos 10-5 y 16-1 del Código civil.

Según éstas, se aplicará la normativa civil foral si los contratantes se someten al Derecho civil navarro, existiendo algún tipo de conexión entre el negocio y la ley navarra. Dicho vínculo supone que el negocio se ha de conectar con el Derecho navarro a través de algún elemento personal -vecindad civil, domicilio o residencia, sede o establecimiento de las partes-, o algún elemento material -ejecución del contrato, celebración, situación del objeto del contrato-, o bien medie una relación directa con otro negocio sometido expresamente a nuestro Derecho civil foral. No bastará un interés razonable de las partes, debiendo concurrir alguno de esos nexos.

Si no existe ese acuerdo entre las partes contratantes, habrá que atender a los criterios alternativos que prevén aquellas normas conflictuales. Así, en defecto de pacto, la dación en pago necesaria podrá ser solicitada y acordada conforme a la legislación foral Navarra si los contratantes poseen la vecindad

53. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Integración en Europa y Derecho civil navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2003, p. 30. En este sentido basta recordar las disposiciones finales 1ª del Real Decreto 1828/1999, 3 de diciembre (que regula el reglamento del registro de condiciones generales), y del Real Decreto 1906/1999, 17 de diciembre (que dispone la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales), que señalan explícitamente que sus regulaciones se dictan “al amparo del artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución y será de aplicación en toda España, sin perjuicio de las normas sobre interpretación de los contratos recogidas en la *Compilación de Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*” (ley 490 FN).

civil navarra, o tienen su residencia común en Navarra, o el contrato se ha celebrado en Navarra⁵⁴.

Tales reglas serán de ineludible aplicación, pues no parece que la normativa comunitaria sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales pueda desplazar a aquéllas. El Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), no rige necesariamente para los conflictos de leyes que afecten únicamente a unidades territoriales integradas en un Estado que cuenten con normas jurídicas propias sobre obligaciones contractuales (art. 22-2 Reglamento 593/2008). Es necesario que el Estado afectado se pronuncie extendiendo a los conflictos interregionales lo previsto en el Reglamento, y España no lo ha hecho (art. 149.1.8 CE). Por tanto, la previsión normativa comunitaria de que el mero acuerdo de las partes (art. 3-1⁵⁵ del Reglamento 593/2008) permite someter o excluir una relación obligacional a una determinada legislación no será aplicable; y ello aunque se ligue al principio de “paramiento fuero vienze” (Ley 7), puesto que la resolución del conflicto de leyes es una materia reservada en exclusiva al Estado (art. 149.1.8 CE).

Ese ha sido el criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en las disputas sobre la aplicación de la disciplina foral en el régimen contractual -STSJ de Navarra de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007\1664) y 6 de abril de 2002 (RJ 2002, 2454)⁵⁶-. Debiéndose tener presente, como se ha

54. En tal sentido se ha pronunciado la STSJ de Navarra de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8991) *“Teniéndose en cuenta que la demandada recurrente ostenta la condición jurídica de navarra, dado su domicilio, según lo establecido en la Ley 15 de la Compilación, y, que, según se afirma y no es negado de contrario, que la actora no reúne la condición de navarra, el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional y el eventual conflicto de leyes aplicables ha de resolverse, de conformidad a lo prevenido por el artículo 16 del Código Civil, por las normas contenidas en el capítulo IV de dicho texto, y, ejercitada acción de responsabilidad contractual, la cuestión encuentra su acomodo en el apartado 5 del artículo 10 del Código Civil, en el que, ante la inexistencia de los demás puntos de conexión en él establecidos, lo será según la ley del lugar de la celebración del contrato, que, tratándose de la realización de intervención quirúrgica por personal de la Clínica Universitaria de Navarra, con residencia y domicilio legal en Pamplona, ante la falta de prueba en contrario, aquél ha de reconocerse tuvo lugar en Pamplona, que, como se ha indicado, se corresponde con el domicilio de quien se entiende ha producido los daños desencadenantes de la acción ejercitada, y, en conclusión, la relación jurídica tendrá como referente el de la ley aplicable en dicha ciudad, esto es, el Fuero Nuevo de Navarra, como en el mismo sentido lo efectuaron los juzgadores de instancia”*.

55. *“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”*.

56. *“Con arreglo a lo dispuesto en el art. 16.1 del Código civil, en relación con el artículo 10.1 y 5 del mismo cuerpo legal, la compraventa y la propiedad de bienes inmuebles situadas*

señalado con carácter general respecto a la regulación del Fuero Nuevo⁵⁷ y reconocido específicamente para el régimen del cumplimiento -la ley 493 del FN-, la preeminencia de la normativa foral que “*agotara en sí la regulación de la materia de que se trata*”, quedando “*excluida la invocación y aplicación de los preceptos comunes (Ley 6 de la Compilación Foral)*” (STS de Navarra de 20 de junio de 2003 –RJ 2003,5436-)⁵⁸; incluso aunque se trate de instituciones desconocidas en el Código civil, como acontece con la dación en pago necesaria.

en Navarra quedan sujetas a las disposiciones de Derecho civil propio de esta Comunidad Foral con preferencia a las del Derecho civil común o general, de aplicación meramente supletoria (Leyes 2-4 y 6 del Fuero Nuevo de Navarra y art. 13-2 del Código civil)”.

57. Como se recuerda en la STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006/45009, en relación con el carácter supletorio de la normativa del Código civil: “*En las materias de la exclusiva competencia de la Comunidad Foral de Navarra, cual sucede con el Derecho civil foral (art. 48.1 LORAFNA [LNA 1982, 784]) en los límites inherentes a la «unidad constitucional» (art. 2.2 LORAFNA), que reserva «en todo caso» al Estado la competencia exclusiva en determinadas materias de la «legislación civil» (art. 149.1.8ª CE [RCL 1978, 2836]), el Derecho navarro resulta «aplicable con preferencia a cualquier otro» (art. 40.3, párr. primero, LORAFNA), de tal suerte que, en este ámbito civil, sólo en defecto de Derecho propio, deviene de aplicación supletoria el Derecho del Estado (art. 40.3, párr. segundo, LORAFNA). Habida cuenta de la supletoriedad del Derecho estatal y de la prelación de fuentes propia del derecho civil navarro (Ley 2 Fuero Nuevo [RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077]), las normas del Código Civil (LEG 1889, 27), como las de las demás Leyes generales de España, con la salvedad de las disposiciones recibidas por la Compilación (disp. adicional Fuero Nuevo), tan sólo son de aplicación como Derecho supletorio (Leyes 2 y 6 Fuero Nuevo y art. 13.2 Código Civil)), en cuanto no contradigan los principios generales del Derecho navarro (Leyes 2.3 y 4 Fuero Nuevo), cuando el supuesto de que se trate se halle huérfano de regulación en la costumbre o en las Leyes civiles forales, interpretadas e integradas conforme a la tradición jurídica navarra (Leyes 1, párr. segundo y 6 Fuero Nuevo) y la laguna resultante no pueda ser colmada mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones (Ley 5 Fuero Nuevo) (...) El hecho de que un determinado supuesto no haya recibido en el Derecho civil foral la solución que el común o general le dispensa o incluso no haya sido objeto de un específico o diferenciado tratamiento como el que en éste ha recibido, no supone sin más que exista sobre él una laguna que justifique la supletoria aplicación del Derecho común o general. No existirá si las cuestiones que suscita el supuesto de que se trata tienen en el foral respuesta o solución jurídica a partir de las disposiciones y previsiones, aun generales, de su misma normativa. El recurso al Derecho supletorio requiere pues la constatación de una verdadera laguna, anomia o vacío del Derecho civil foral insusceptible de integración con sus propios mecanismos, pero además exige que la norma común que pretende aplicarse al caso, lo sea sin quiebra de sus principios generales, tanto de Derecho natural o histórico, como técnicos o inferidos de sus disposiciones (Ley 4 Fuero Nuevo)”.*
58. Este mismo criterio se ha venido manteniendo por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra respecto a la responsabilidad extracontractual, señalándose, entre otras, en la sentencia de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 1051) “*que no es correcta la cita del art. 1902 Cc desde el momento en que en esta Comunidad Foral la culpa extracontractual está disciplinada por la también invocada ley 488.2 del Fuero Nuevo, que hace por tanto inaplicable el reseñado art. 1902 Cc, por mor de lo establecido en las Leyes 2 y 6 del Fuero Nuevo: así lo hemos expresado con anterioridad en las Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN) de 17-5-1993 (RJ 1993\4064), 11-31994 (RJ 1994\2114) y 2-2-1995 (RJ 1995\1463)”.*

La dación en pago necesaria se podrá emplear para extinguir cualquier obligación de cantidad que pueda considerarse sujeta al Derecho Privado de Navarra. Cabrá su aplicación no sólo en la contratación estrictamente civil que se concluya entre particulares, sino también en la de contratación de consumo y la contratación mercantil entre profesionales o empresarios. Como recuerda la STSJ de 28 de junio de 2000 (RJ 2000, 8816), *“el carácter mercantil de la relación contractual no excluye por sí solo la aplicación de la normativa civil foral”*. Pues *“el «Derecho común» a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es sólo el general del Código Civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio (SS. 28 junio 1968 [RJ 1968, 3607] y 16 febrero 1987 [RJ 1987, 698] del Tribunal Supremo), las disposiciones de estos ordenamientos tan sólo resultan aplicables a los contratos mercantiles en lo que no se halle expresamente regulado por su legislación especial”*. (STSJ de Navarra de 2 de marzo 1999 (RJ 1999, 5599)). Por ello, cuando en el cumplimiento de las obligaciones de un contrato mercantil se tengan que aplicar las reglas generales del Derecho común (arts. 2 y 50 Cc), concurriendo los requisitos de conexión normativa, podrá recurrirse a esa disciplina del Fuero Nuevo (STSJ de Navarra 2 marzo 1999 [STSJ de Navarra de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6144), 28 junio 2000 [RJ 2000, 8816] y 2 de marzo de 1999 (RJ 1999, 5599)]).

Ese planteamiento es igualmente trasladable a los contratos calificados de consumo, acreditada su conexión con la norma navarra, que se regirán por su legislación especial y, en lo no previsto, por las normas de Derecho común. Para éstos, sin embargo, habrá que tener presente las restricciones de libertad de pacto que se prevén en la legislación protectora del consumidor. En virtud de las mismas, no podrá hurtarse la aplicación de la normativa foral sobre la dación en pago necesaria al consumidor deudor de cantidad⁵⁹, aunque así lo ampare el artículo 10-5 del Código civil⁶⁰. Debe recordarse que artículo 90-3

59. Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

60. Ello podría plantearse en todos los contratos de préstamos que se celebren en Navarra, pretendiendo eludir la opción de satisfacción parcial o dación en pago necesaria que

del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, califica de cláusula abusiva: “La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”⁶¹. Al efecto que nos ocupa puede entenderse asimilada la normativa del Código civil al Derecho extranjero, en tanto no conoce ni prevé una medida como la dación en pago necesaria que favorece al deudor. Los pactos que impongan al consumidor navarro una renuncia a su legislación foral deberán ser calificados de abusivos⁶² y considerados nulos⁶³.

B) Requisitos para la operatividad de la dación en pago necesaria

Dispone la Ley 493 párr. 2º, in fine, que: “Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”.

Como se desprende de la dicción de ese precepto, la posibilidad de compeler al acreedor a que reciba una prestación distinta a la pactada, más allá de lo que éste desee, tiene un carácter excepcional y sólo es posible cuando se cumplan los requisitos que se reseñan. Éstos son de ineludible concurrencia y, como se verá, tienen una definición abierta e indeterminada, querida de propositum por el legislador para atender a la justicia material del caso concreto.

Así, la decisión judicial que acuerde esa forma de cumplimiento deberá analizar si la petición del deudor reúne los siguientes requisitos:

1º) La obligación a extinguir ha de consistir en una prestación de *cantidad de dinero*.

En la línea planteada en los antecedentes históricos, el legislador navarro limita la aplicación de la medida a las deudas pecuniarias, excluyendo su utilización en la satisfacción de otras obligaciones que tengan por objeto prestaciones de dar, hacer o no hacer.

faculta la ley 493 del FN con las que se atempera el rigorismo del principio de exactitud de la prestación.

61. En este sentido el art. 6 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), dispone que los contratos de consumo se regirán por la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.

62. Cf. SAP de Valencia de 27 de enero de 2010 (AC 2010, 491).

63. Ésta podrá ser valorada por el juez de oficio aun cuando no sea alegada por el consumidor, según ya declaró el TJCE caso Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L., sentencia de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006\299) y caso Asturcom Telecomunicaciones S.L. contra Cristina Rodríguez, sentencia 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009\309); y supondrá una nulidad parcial según ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 23 septiembre de 2010 (RJ 2010\7296), y de 16 diciembre de 2009 (RJ 2010\702)).

La restricción de la dación en pago necesaria a ese tipo de obligación encuentra su explicación en el hecho de que este tipo de prestación es siempre hipotéticamente realizable, y esta dación intenta paliar la imposibilidad del deudor de cumplir “in natura” por hallarse el deudor en estado de iliquidez. La imposibilidad o complejidad de cumplir la prestación programada en el resto de obligaciones de dar, hacer o no hacer se resuelve a través de otro mecanismo específico: el cumplimiento por equivalente⁶⁴. Cuando el cumplimiento “in natura” de una prestación de dar, hacer o no hacer resulta imposible, ésta se transforma en el equivalente pecuniario de la originariamente fallida (*id quod interest*)⁶⁵ (arts. 701 y ss. LECiv); con ello se impone, por decisión judicial, un *aliud pro alio* en el cumplimiento de la obligación más allá de lo desee el acreedor⁶⁶. Así, la dación en pago necesaria de la ley 493 del FN se muestra como un instrumento excepcional, aunque complementario del resto de los mecanismos previstos por el ordenamiento para el cumplimiento obligacional.

Por otra parte, la escueta referencia del Fuero Nuevo a que la prestación sea de *cantidad de dinero*, hace pensar que la entrega de bienes se podrá acordar para satisfacer cualquier obligación contractual en la que el acreedor lo sea de cantidad de dinero. El supuesto por antonomasia será el de devolución del préstamo pecuniario, cualquiera que sea su tipo –civil, mercantil o de consumo-. Aunque, también, puede aplicarse en otras relaciones contractuales siempre que una de las prestaciones principales lo sea de pago de cantidad -de dinero- (contratos de servicio, obra, arrendamiento, etc.).

2º) Al deudor la prestación debida de pago de cantidad -de dinero- se le debe haber “*hecho excesivamente gravosa*”.

Es el carácter excesivamente gravoso de la prestación, y no otras causas –como el incumplimiento obligacional o la ruptura de la base negocial-, el que legitima al Juez para decidir la sustitución de la prestación acordada por la entrega de un objeto distinto. La gran cuestión en este punto radica en determinar cuándo se puede considerar que concurre en la obligación dineraria ese aspecto de perfiles tan genéricos.

64. Cf. LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Editorial Trivium, Madrid, 1999, pp. 167 y ss.

65. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil II*, vol. 1º, Ed. Bosch, 2º ed., Barcelona, 1985, pp. 225-226.

66. Cf. FERNÁNDEZ PACHECO, M. T., *La ejecución de las sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 27 y ss.; SÁNCHEZ CASTRO, J. D., “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 63, 2010, pp. 1725 y ss.

Como se ha puesto de relieve, en el Derecho histórico (Nov. 4, 3 y 120, 6, 2) la dación en pago necesaria se decidía en atención a la situación particular del deudor que, hallándose en estado de iliquidez, no podía realizar en el mercado los bienes de su propiedad a un precio justo. El juez estaba obligado a valorar la situación concreta del deudor sin descuidar los intereses del acreedor, éstos se tutelaban entregando a éste alguna de la “cosas mejores” de aquél a su justo valor. Era la posición particular del deudor que deseaba cumplir y no podía hacerlo en los términos pactados -pago de dinero- la que se tomaba en consideración para decidir la sustitución de la prestación.

A mi juicio esta idea es la que el legislador foral ha querido plasmar al requerir que se haya “*hecho excesivamente gravosa la prestación debida*” para el deudor. La previsión normativa legitima la decisión judicial de sustitución de la prestación originaria ante la circunstancia de que el pago le resulte en sobremanera gravoso al deudor, habiéndose ofreciendo en cumplimiento de la obligación bienes -generalmente rechazados por el acreedor- que objetivamente pueden satisfacer el valor de la obligación.

No es casual que el párrafo 2º in fine de la Ley 493 del FN, atinente a la dación en pago necesaria, utilice una dicción distinta a la del párrafo 3º de la ley 493 del FN correspondiente a la revisión del contrato por ruptura de la base negocial -cláusula “*rebus sic stantibus*”-, cuando el Fuero Nuevo para ambas medidas exige que sea extraordinariamente costosa la satisfacción u oneroso el cumplimiento. Esa diferencia terminológica es algo más que una cuestión de estilo, diferencia los parámetros que el juez ha de tener presentes para adoptar una u otra medida, pues éstas se mueven en ámbitos diferentes y atienden a razones distintas.

La operatividad de la “cláusula *rebus sic stantibus*”, y consiguiente decisión judicial sobre la revisión o resolución del contrato, se propone legalmente cuando objetivamente se ha producido una alteración imprevista y sobrevenida de las obligaciones contraídas. Incide sobre la relación contractual que inopinadamente ve modificada “*fundamentalmente y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones*”, generador de “*un desequilibrio*” que hace que “*el cumplimiento sea extraordinariamente oneroso*”. La obligación que se tiene que satisfacer es objetivamente más onerosa en cuanto a la contraída inicialmente y, además ha experimentado una variación respecto de ésta. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra exige para estimar aquélla una “*alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración; que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente impresivisibles*”; y “*existencia*

de una desproporción exorbitante, producida fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones” (STSJ de Navarra de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995\4330). Aquí se valora la excesiva onerosidad en atención a que las prestaciones inicialmente pactadas se desequilibran objetivamente de manera sobrevenida, haciendo que el cumplimiento del contrato en los términos establecidos resulte inicio para una de las partes⁶⁷.

En la dación en pago necesaria el carácter “*excesivamente gravoso de la prestación debida*” no se limita a unos parámetros concretos, ni se prevé que atienda a las exigencias impuestas para la revisión descrita del contrato. Este planteamiento del legislador foral no es casual. La dación en pago necesaria persigue la extinción de la obligación de pago de cantidad de dinero, y no una modificación del contenido del contrato o la resolución de la relación. Se propone como una suerte de subrogado del cumplimiento por decisión judicial, como acaece con el pago por consignación (ley 496 FN) o el cumplimiento por equivalente -cuando no se puede realizar la prestación debida-. Pretende atemperar, mediante la equidad, el rigor del “*principio aliud pro alio invito solvi creditore non potest*” que permite al acreedor, incluso cuando objetivamente su interés podría satisfacerse con un objeto distinto, rechazar todo aquello que no fuera lo expresamente pactado. Por ello, conforme a la tradición histórica, la valoración de que se ha “*hecho excesivamente gravosa la prestación debida*” tiene sentido si se liga al aspecto subjetivo de la posición de iliquidez del deudor que no logra realizar sus bienes para pagar en metálico la deuda contraída⁶⁸; éste quiere cumplir, y no puede cumplir (habitualmente habiendo rechazado el acreedor una dación de bienes en pago)⁶⁹.

67. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Ley 493”, *cit.* p. 1672

68. Éste es el fundamento del poder que se concede al Juez con la dación en pago necesaria que le permite excepcionar, con amparo legal, el riguroso régimen del principio “*pacta sunt servanda*”, reflejado en Navarra en el “*paramiento fuero vienze*” (ley 7 FN). Por ello, parece incongruente e injustificado el fallo contenido en la Sentencia 114/2011, del Juzgado de 1^o Instancia nº 4, de 2 de julio de 2011, que deniega una dación en pago necesaria sobre la base del principio de “*paramiento fuero vienze*” y la doctrina de revisión del contrato conforme a los requisitos de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. Y ello tras reconocer que la prestación de cantidad podía considerarse excesivamente gravosa para el actor, omitiendo cualquier valoración sobre si los bienes que se ofrecían en dación poseían un valor equivalente a la deuda de cantidad debida. Esta petición de dación en pago necesaria se había cursado ante la imposibilidad de la empresa actora de satisfacer en metálico su obligación dineraria, ya que no se pudieron realizar en el mercado sus bienes inmuebles, existiendo una amenaza inminente del colapso de la actividad empresarial y liquidación de la empresa.

69. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 27, 1999, pp. 42 y ss. en este sentido

La situación de iliquidez, sin embargo, no bastará para que se considere que la prestación deviene excesivamente gravosa. Será necesario que concurren circunstancias que hagan que la vinculación del deudor, por la prestación, exceda de los límites del rigor propio que entraña su débito y responsabilidad. Entiendo que esa valoración habrá que efectuarla teniendo presente las consecuencias que se anudarían a un cumplimiento forzoso de la prestación pecuniaria, atendiendo a la agravación extraordinaria del contenido económico de la prestación (por cláusulas penales, garantías adicional retribuidas, etc.), o el riesgo de pérdida -de todo o parte- del patrimonio por la desproporción económica de esa deuda de cantidad con sus garantías, o la afección patrimonial que el incumplimiento conlleva (casos, por ejemplo, de ejecución hipotecaria que no cubre la cantidad adeuda por no lograrse la venta a su justo precio ante falta de postores, o apertura del procedimiento concursal por iliquidez, etc).

No parece necesario que la obligación sufra una alteración económica objetiva desde su esbozo inicial, ni que devenga inopinadamente descompensada respecto a su recíproca, ni que el acreedor deba obtener un enriquecimiento injustificado. Muy probablemente si la prestación se hace “*excesivamente gravosa*” para el deudor, el acreedor gozará como efecto reflejo de un mayor beneficio que el que hubiera obtenido con el puntual cumplimiento. Tal beneficio, si está previsto y legitimado por el ordenamiento, no constituirá para el acreedor un enriquecimiento sin causa o injusto, según lo dispuesto en la ley 508 del FN; pero no por ello el cumplimiento de la prestación será menos gravoso para el deudor. Sin duda, si concurren aquellas circunstancias podrá apre-

señala: “A lo que entiendo, el problema que trata de solucionar esta *datio in solutum* necesaria, es fundamentalmente de onerosidad excesiva de la prestación inicial respecto a ese deudor, y no con carácter abstracto (es decir, subjetiva y no objetiva): es decir, que no tiene dinero para pagar, ni posibilidad de obtenerlo en condiciones no excesivamente gravosas. Evidentemente, otro deudor que no estuviera en tal situación de falta de liquidez podría pagar sin graves problemas, pero este concreto deudor no puede hacerlo, y acude al juez para que se le permita cumplir la obligación mediante la realización de otra prestación diferente que (esta sí) no le plantea las dificultades antes señaladas. Así, puede ser que dicho deudor sea propietario de bienes de un valor cercano (uno a uno, o varios en conjunto) al de la cantidad adeudada, pero que sean de difícil venta; o que pueda ofrecer una prestación de hacer de un valor en mercado aproximado al de la suma adeudada (y que suponga un aumento efectivo en el patrimonio del acreedor). Ello quiere decir, a los efectos que ahora nos interesan, que el objeto subrogado debe tener un valor objetivo aproximado al de la suma adeudada, pero ser de más fácil realización por el deudor: lo que se trata es de facilitar al deudor un cumplimiento que le resulta extraordinariamente dificultoso en los estrictos términos que se derivan de la obligación, y no de compeler al deudor a que reciba una prestación de valor objetivamente inferior a la cantidad adeudada: naturalmente, la equivalencia difícilmente será absoluta, pero es ahí donde entra en juego la ponderación judicial sobre la justicia de la sustitución”.

ciarse con mayor intensidad ese carácter “excesivamente gravoso de la prestación”, sin embargo la estimación de ese aspecto no se halla condicionado sólo y necesariamente a la concurrencia de esos hechos⁷⁰. Y es que la dación en pago necesaria configura un tipo singular de subrogado del cumplimiento con el que se pretende lograr la extinción de una prestación de cantidad que, aun manteniéndose en sus parámetros iniciales, devino subjetivamente gravosa para el deudor si ha de cumplirla pagando en metálico.

3º) Decisión judicial en la que se estime “*justa la sustitución*” de la prestación de dinero por la entrega de un objeto distinto.

El juez, a petición del deudor, adoptará la decisión de sustitución de la prestación primigenia por la entrega de un bien diferente. Ésta es una medida rogada que no parece que pueda acordarse de oficio⁷¹.

Nada indica la norma foral respecto a los requisitos que ha de cumplir esa solicitud que se dirige al juez, así como si habría que ofrecer al acreedor previamente, o concomitantemente a la presentación de la demanda, el bien o los bienes objeto de la dación. El carácter excepcional de la medida y el principio de la buena fe contractual (art. 1.258 del Cc) hacen pensar que ello debiera ser así, aunque la carencia de previsión normativa sobre este punto abone la idea contraria. La propia dinámica del pago o cumplimiento parece que abocará a ello, pues la demanda del amparo judicial se planteará como el último recurso, cuando el acreedor ha rechazado la dación en pago ofrecida por el deudor y éste desesperado solicite al juez su imposición.

La petición se cursará a través del procedimiento declarativo que corresponda por razón de la cuantía, al no contemplarse un cauce procesal específico para tramitar la petición de esta forma de subrogado del cumplimiento.

Con carácter general, el procedimiento a emplear será el del juicio ordinario, dado que el contenido económico de las prestaciones pecuniarias para las que se planteen tal pretensión serán las de mayor entidad pecuniaria y onerosidad (art. 249-2 y 250-2 LECiv).

Ello, sin embargo, no parece lo más adecuado puesto que la dinámica del procedimiento declarativo puede llevar a comprometer, cuando no frustrar, el fin propio de la institución en atención a su interacción con otros procedimientos que pudieran concurrir, instados para satisfacer el interés del acreedor.

70. Cf. FINEZ RATÓN, J. M., “La dación en pago”, *Anuario de Derecho Civil*, 1995, nº 4, pp. 1.467 a 1.527. En este sentido debe recordarse que el marco propio de la dación en pago voluntaria suele ser el de los supuestos en los que la iliquidez del deudor impide cumplir con una deuda pecuniaria que se pretende cumplir, generalmente, entregando bienes inmuebles.

71. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la regulación de la responsabilidad contractual en el Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 21, 1996, p. 42

En ese sentido debe recordarse que las causas de oposición se hallan tasadas en el proceso de ejecución hipotecaria. El artículo 695 LECiv permite que se paralice el procedimiento hipotecario únicamente si se acredita la *“extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía”*. Otros debates sobre la extinción de la deuda, como la petición de una dación en pago necesaria, según previene el artículo 698 LECiv⁷², no son causa de oposición ni facultan la paralización del proceso de ejecución.

No se puede olvidar tampoco que el artículo 100-3⁷³ de la vigente Ley Concursal prohíbe de forma taxativa la proposición de cualquier dación en pago en la fase de convenio concursal, aunque la doctrina general estime que tal medida puede acordarse en la fase de liquidación y la reforma de la ley concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre) ha abierto esa posibilidad para los créditos con privilegio especial (art. 155-4).

Ciertamente, si la decisión judicial se dicta con anterioridad al comienzo de esos procesos ningún problema se planteará, pues la deuda se habrá satisfecho cuando menos aparentemente. La dación en pago impuesta será inatacable aun cuando se inicie el procedimiento concursal. La valoración del juez sobre el carácter especialmente gravoso -acto oneroso- de la prestación que así se cumple y la ponderación económica de la *datio* con la prestación de cantidad, evitará cualquier hipotética valoración de su perjuicio para la masa

72. Artículo 698. Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores.

1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.

73. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo.

ativa del concurso⁷⁴, impidiendo que prosperen las acciones de reintegración concursal (art. 71-1 LC⁷⁵).

Sin embargo, la operatividad la dación en pago necesaria será nula si la demanda se insta iniciado el procedimiento de ejecución singular o el de concurso, y no se obtiene un pronunciamiento favorable antes de que estos culminen.

En su decisión el Juez tendrá que valorar que es justa la sustitución. Ello entrañará que deberá ponderar, con independencia de lo que alegue el acreedor, si los bienes que el deudor ofrece como dación en pago se ajustan en su valor de mercado al importe que supone la deuda de cantidad dineraria. Este criterio externo a la relación contractual se recaba con el fin de que se considere si lo que se va a entregar resulta suficiente para cubrir el importe debido, en aras de obviar la especulación del valor de los bienes en el mercado y su depreciación forzada⁷⁶ en los procesos de realización del valor⁷⁷. Hay una suerte de limitación de la absoluta soberanía del acreedor para decidir si desea ser satisfecho -o no- con un bien distinto, que enlaza con los principios de

74. GARCÍA CRUCES, J. A., "Dación en pago y reintegración concursal", *La ley*, nº 7492, 20 de octubre de 2010, p. 7, ha señalado que en nuestro Derecho positivo se acoge una noción restringida de perjuicio a los efectos previstos en el art. 71-1 LC.

De ahí que considere que la rescindibilidad de la dación en pago voluntaria venga a sujetarse a las reglas generales, de modo que el éxito de la acción que se intente dependerá de la justificación del carácter perjudicial para la masa activa de aquel subrogado del pago; "como criterio orientativo, puede sugerirse que la dación en pago no causará perjuicio para la masa activa si el valor del bien objeto de *datio* es similar o inferior al importe del crédito que quiere extinguirse con tal desplazamiento patrimonial".

75. Artículo 71. Acciones de reintegración.

1. 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.

76. La conciencia sobre esta realidad ha llevado a que el legislador haya adoptado medidas tendentes a paliar este estado de cosas, aunque las mismas parezcan insuficientes. En esta línea se sitúa la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en la que se dispone que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, deba realizarse por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación -art. 2-.

77. Cf. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., "Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, pp. 1160 y ss.; "El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la ley concursal", *La Ley*, nº 7487, 13 de octubre de 2010, pp. 4 y ss.; PÉREZ GARCÍA, M. J., "La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)", *La ley*, nº 7590, 16 de marzo de 2011, pp. 1 y ss.

equidad y la limitación intrínseca del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. Este papel corrector lo asume el juez al decidir que estima justa una sustitución del objeto inicial de prestación por otro que cubre, igualmente, el importe económico de la obligación debida; y, por ello, el ordenamiento legitima que se le pueda imponer al acreedor “*acceptar un objeto distinto*”.

4º) La entrega de un *objeto distinto* por la prestación de cantidad de dinero (*aliud pro alio*).

Según la literalidad de la ley 493, párr. 2º, in fine, el objeto de la prestación que sustituye a la cantidad dineraria debida por el deudor ha de ser un cosa y referirse a una actividad de dar, conforme se planteaba en el Derecho histórico (Nov.4, 3 y 120, 6, 2). Tal criterio se acomoda al concepto propio de *datio* que acoge el Fuero Nuevo en la ley 495, párr. 1º y al sentido que se ha aquilatado de ella conforme a los precedentes históricos.

No parece que pueda sustituirse por otro tipo de prestaciones, a pesar de lo que indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁷⁸, quien reseña que la alusión al objeto que efectúa la citada la ley 493, párr. 2º in fine se hace a la prestación, lo que permite entender que sea objeto de *datio* las prestaciones de hacer o de no hacer. No hay que olvidar que el carácter excepcional de la medida conlleva una interpretación estricta de la norma, y la dación necesaria impone al acreedor una entrega de bienes que éste voluntariamente no quiso asumir.

En cuanto a los objetos que pueden ser susceptibles de la *datio*, cabe suponer que cualquier bien mueble o inmueble podrá ser hábil para la dación en pago necesaria si tiene una entidad económica satisfactoria y equivalente a la prestación de cantidad conforme el arbitrio judicial (acciones, valores, derechos de autor, fincas, etc.). El juez, en estos casos, decidirá ponderando la equivalencia económica del objeto u objetos que se proponen entregar con la prestación de cantidad adeuda.

No obstante, cabe preguntarse si el principio general de prohibición del pacto comisorio, vigente en Navarra para la prenda (ley 469 del FN) y la hipoteca (ley 468 del FN en relación con el art. 1.859 del Cc), puede excluir de la dación los bienes sobre los que se constituyó la garantía que aseguraba la prestación de cantidad que se pretende sustituir. No parece que ello resulte así por las razones siguientes.

Como ha señalado la doctrina⁷⁹, la prohibición del pacto comisorio no impide que pueda realizarse la dación en pago como medio solutorio con

78. “El cumplimiento...”, *cit.*, p. 42.

79. Por todos Cf. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, 2011, pp. 1174 y ss.

los bienes sujetos a garantía, ya que lo que se pretende prevenir con esa prohibición es el pacto previo que concede al acreedor una posición de ventaja económica desproporcionada. El principio pretende asegurar la equivalencia de las prestaciones en el momento de la constitución de la garantía para que ésta sea proporcionada⁸⁰. Por ello, la dación en pago como forma de extinción de la obligación que se plantea en un momento posterior -el del cumplimiento obligacional- no queda afectada por ese principio, pues no se trata ya de garantizar una obligación sino de extinguirla.

A ello hay que añadir que lo que persigue dicha prohibición es evitar que si el bien dado en garantía es de mayor valor que la deuda pueda el acreedor, por esa falta de equivalencia o proporción entre una y otra, obtener un enriquecimiento injustificado con evidente daño patrimonial para el deudor. Por ello, si esa equivalencia se garantiza nada empecerá para aceptar la validez de ese pacto, según el propio ordenamiento se ha encargado de reconocer para las garantías financieras con los acuerdos de compensación contractual y de garantías -entre ellos la prenda- (artículos sexto-1 y 3⁸¹, undécimo-3⁸², duodécimo-1, párr. primero⁸³ del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo,

80. CF. FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, 1995, pp. 66 y ss.

81. Artículo sexto. 1. Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho.

3. A los efectos de esta Ley se entenderá por acuerdo de garantía pignoraticia aquel en virtud del cual el garante presta una garantía financiera en forma de título pignoraticio a un beneficiario o a su favor, conservando la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de garantía.

82. La apropiación será posible cuando:

a. Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y

b. Las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito.

La ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, sin que, no obstante las condiciones acordadas en el acuerdo de garantía financiera, pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

83. 1. Cuando el objeto de la garantía financiera sean valores negociables u otros instrumentos financieros registrados en una entidad participante en un sistema de compensación y liquidación español y se hayan producido las operaciones de liquidación de las obligaciones principales y de ejecución de las garantías financieras, la parte acreedora podrá solicitar la enajenación de los valores dados en garantía u ordenar su traspaso libre de pago a su cuenta; a tal fin, entregará al depositario de los valores un requerimiento en el que se manifieste que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual o de garantía financiera.

modificado por Ley 7/2011, 11 de abril⁸⁴), exigiendo que esas se tengan que ajustar “al valor actual de mercado de los valores negociales aportados como garantía” y que “el sobrante que resulte, una vez satisfecha la deuda correspondiente, se (reintegre) al garante” (artículo decimotercero del Real Decreto Ley 5/2005).

Además, los autores que entienden la prohibición del pacto comisorio como un principio general aplicable a la dación en pago, consideran válido el pacto de entrega del bien hipotecado en saldo de la deuda garantizada si existe una adecuada, justa y objetiva valoración del bien objeto de dación⁸⁵.

En la dación en pago necesaria existe siempre esa ponderada valoración económica entre el bien que se entrega y la deuda que se pretende satisfacer. Por ello, las objeciones expuestas sobre la posible interacción con la prohibición del pacto comisorio no resultan extrapolables a esta figura. El hecho de que la dación se imponga al acreedor por el Juez y que éste tenga que considerar “justa” la sustitución de la prestación de cantidad por la entrega de un objeto determinado aseguran la preservación de la equivalencia de las prestaciones en sede de cumplimiento. La decisión judicial habrá ponderado el valor económico del objeto que se entrega y su ajuste a la cantidad dineraria adeudada, por lo que difícilmente podrán estimarse hipotéticos enriquecimientos injustificados (fundamento de la prohibición del pacto comisorio).

El ponderado criterio judicial impedirá también al acreedor y al deudor recurrir a las acciones de rescisión por lesión enorme o enormísima (leyes 499 y ss. FN), pues la equidad del negocio se hallará garantizada y la resolución judicial obviará el resto de requisitos que se precisan para el ejercicio de tales acciones -apremiante necesidad o inexperiencia-⁸⁶.

Por último cabe reseñar que el precepto foral no indica si el juez puede elegir en la sustitución de la prestación inicial de cantidad bienes que el deudor no hubiera ofrecido. Ello resultaba factible en el Derecho histórico pero, a

84. Con esta norma se incorporó al ordenamiento español la Directiva 2009/44/CE de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito.

85. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, 2011, pp. 1176 y ss. considera que no debería ser el valor de referencia en la ejecución hipotecaria la tasación actual de la finca sino el que el Banco adjudicó inicialmente a ésta si se dan los requisitos siguientes: 1º) el deudor lo sea de buena fe -asumió un endeudamiento responsable- y la vivienda hipotecada es la única disponible; 2º) el Banco otorgó un préstamo no prudente por conocer la sobrevaloración de la vivienda en el momento de concesión del crédito.

86. Cf. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Ley 493”, *cit*, p. 1670.

falta de norma expresa sobre este punto, el principio de congruencia procesal restringirá un pronunciamiento en sentencia en tal sentido.

C) Dinámica de la dación en pago necesaria

a. Aspectos generales

Con la decisión judicial de sustituir el objeto de la prestación de cantidad de dinero por la entrega del objeto o de los objetos propuestos por el deudor se inicia un proceso que tiene por finalidad el cumplimiento y extinción de la obligación pecuniaria. A partir de aquí se plantean una serie de cuestiones que son comunes a todo tipo de dación en pago y a las que ha dado solución el legislador foral en la ley 495 del FN, refiriéndolas a la dación en pago voluntaria.

La primera de ellas es el momento en el que cabe considerar que la dación en pago cumple su papel como negocio *pro soluto* y queda extinguida la obligación que vincula al deudor con el acreedor. El tema resulta capital para dilucidar qué pasa en el caso de que se produzca la pérdida de las cosas objeto de dación, así como para determinar los mecanismos con los que cuenta el acreedor en orden a obtener la satisfacción de su crédito.

La segunda cuestión que plantea esa sustitución del objeto de la prestación es el decurso que experimentarán las garantías ofrecidas para el aseguramiento de ese crédito de cantidad, su pervivencia y extinción.

Todas esas cuestiones las reguladas la ley 495 del FN de forma escueta, reseñando que: *"Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en 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"*.

Puede pensarse que las previsiones reseñadas serán de aplicación a la dación en pago necesaria, aunque el hecho de que ésta proceda de una decisión judicial, y no de la libre aceptación del acreedor, plantea algunas cuestiones de interés.

Como punto de arranque ha de tenerse en cuenta para resolver esos temas la propia configuración que el Fuero Nuevo ofrece de la dación en pago, conformada según el concepto de *datio* que se acuñó en Derecho romano y que suponía, en su sentido originario, un acto del enajenante generador para el

accipiens de una efectiva adquisición de la propiedad⁸⁷. La *datio in solutum* era, y es en el sistema jurídico navarro, un *dare* de cosa en propiedad que sustituye al objeto debido, por el que el deudor queda liberado cuando el acreedor adquiere efectivamente la propiedad de la cosa entregada. Con ello se obvia, parcialmente, la discusión de la calificación de este negocio solutorio específico como real o consensual, y la consideración de su naturaleza jurídica como compraventa, novación, negocio atípico, modalidad de pago, medio de modificación del objeto de la relación obligatoria, etc.; teorías propuestas en el ámbito del Código civil para enmendar su carente regulación y justificar las soluciones que caben adoptar en sedes como retractos -arts. 1.521, 1.536-2, 1.636- y fianza -art. 1.849 Cc-⁸⁸.

Como ha apuntado algún autor y a meros efectos dialécticos, podrían diferenciarse dos hipotéticos momentos en la dación en pago necesaria: el de su perfección y el de su consumación. Hay que advertir, no obstante, que sólo puede hablarse con propiedad de dación en pago, sea necesaria o voluntaria, cuando se ha ofrecido o entregado los bienes objeto de sustitución por ser ésta una forma de cumplimiento.

b. Decisión judicial y efectos sobre la exigibilidad de la prestación

El momento de perfección de la dación en pago necesaria se puede situar en la resolución judicial. Será la decisión del juez la que obligue al acreedor a “aceptar” un objeto distinto a la prestación de cantidad de dinero debida. Habrá una integración heterónoma de la relación jurídica originaria y el Juez decidirá lo que estime conveniente, al margen de la voluntad hipotética o el efectivo querer del acreedor.

La dinámica de actuación que se plantea desde ese momento hasta que se produzca la consumación de la dación necesaria refleja el carácter particular de esta figura y su difícil encaje en modelos preestablecidos. En concreto, pone en evidencia su complicada asimilación con la obligación facultativa-alternativa y las consecuencias jurídicas propuestas por MARTÍNEZ DE AGUIRRE para la dación en pago voluntaria disciplinada en el Fuero Nuevo⁸⁹.

La ley 493, párr. 2º, in fine del FN no parece que otorgue al deudor una facultad que le permita cumplir a su elección con la entrega del objeto de la

87. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Derecho privado romano*, 10º ed., Eunsa, Pamplona, 2004, pp. 432 y ss.

88. Cf. SERRANO CHAMORRO, M. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 57 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento”, *cit.*, pp. 30 y 31.

89. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento”, *cit.*, pp. 34 a 39

prestación -cantidad de dinero- o el impuesto por la dación, aun cuando la obligación no se estime extinguida hasta que “*el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada*”. Las condiciones que se exigen para obligar al acreedor a recibir “una dación en pago necesaria” limitan la generación funcional de una obligación facultativa. La situación subjetiva de iliquidez del deudor y su imposibilidad de cumplir entregando pecuniario son las que determinan que la prestación se haga “excesivamente gravosa”, y estos elementos fundamentan causalmente la decisión judicial. Si tales circunstancias no acontecen, y así se estimará si el deudor puede satisfacer con cantidad de dinero su obligación, no cabe considerar oportuna la sustitución ni proceder a la imposición de la dación al acreedor. Es más, si desaparecen esas premisas que legitiman la imposición de este subrogado del cumplimiento antes de que el deudor haya realizado la dación -caso en el que el deudor deviene a estado de liquidez por avatares de la fortuna-, decaerá el soporte causal que legitima la sustitución del objeto de la prestación y la imposición al acreedor del pago con un objeto distinto. En tal supuesto, parece factible que el acreedor pueda solicitar la modificación de esa decisión judicial, en caso de que no se hubiera extinguido la obligación por adquirir el acreedor la propiedad de la cosa objeto de dación.

Por tanto, en la dación en pago necesaria el deudor tiene que cumplir con el objeto que se impuso en dación al acreedor, puesto que fue la imposibilidad de satisfacer la prestación de cantidad de dinero la que justificó la decisión judicial de sustitución del objeto de prestación. El acreedor al que se le obliga a aceptar la dación, si bien mantiene su derecho de crédito mientras no se haga propietario del objeto sustituido, no podrá reclamar el objeto primigenio -la cantidad de dinero- hasta que se compruebe que no resulta factible el efecto satisfactorio de aquélla.

Esa caracterización propia de la dación en pago necesaria, impuesta por decisión judicial, pone en evidencia su carácter de negocio instrumental y ejecutivo de una obligación preexistente que no pretende modificar, sino extinguir, la obligación de pago de cantidad con la entrega de un objeto distinto⁹⁰.

90. A mi modo de ver ésta es la explicación que mejor encaja con la idea de dación en pago -incluso voluntaria- como planteó FÍNEZ RATÓN, J. M. “La dación en pago”, *cit.*, pp. 1479 y ss. La operatividad de la dación en pago voluntaria como una obligación facultativa, que permitiría al deudor cumplir entregando la prestación primitiva o la convenida, no se acomoda a la finalidad pretendida con este negocio, ésta es la de cumplir con un objeto distinto sin alteración de la relación obligatoria. Si el deudor entrega al acreedor su primigenia prestación y éste la acepta, se habrá producido un desistimiento tácito del negocio de dación en pago. Por otra parte, los términos de la ley 495 del FN excluyen la calificación de la dación en pago voluntaria como una novación modificativa, ya que la ley reconoce

Por otra parte, otras cuestiones que preocupan en la dación en pago voluntario y cuya solución se ha explicado en Derecho navarro desde la perspectiva de su hipotético carácter de obligación facultativa y/o alternativa, en la dación en pago necesaria carecen de entidad o pueden explicarse de otra forma.

Así, para la dación en pago necesaria no tiene sentido plantear la extinción de la obligación primigenia debida por imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor. Tal caso no puede darse. El dinero es siempre hipotéticamente obtenible y, por tanto, su prestación de cantidad resulta siempre materialmente realizable⁹¹.

En cuanto al hecho de que el deudor sigue vinculado a satisfacer la obligación cuando se produzca, sin su culpa, la pérdida de la cosa subrogada -antes de que el acreedor se haga propietario-, además de ser una consecuencia de lo dispuesto en la ley 495 del FN, es una manifestación típica del carácter de la dación en pago como negocio instrumental de carácter solutorio que no altera la estructura de la relación jurídica inicial.

Desde esos parámetros también se comprende que el acreedor no pueda rehusar la recepción del objeto subrogado, y que el deudor pueda liberarse de su obligación consignando el objeto que sustituye a la prestación de cantidad, ya sea bien mueble o inmueble (ley 496 del FN). El principio de buena fe y ejercicio no abusivo del derecho, reconocidos en la ley 17 del FN, impide que pueda quedar al arbitrio del acreedor la extinción de la obligación de cantidad por rechazar o impedir la dación, o no colaborar aquél en la adquisición de la propiedad del objeto que se entrega.

c. Decisión judicial y efectos sobre las garantías

Otra de las cuestiones en las que se pone a prueba la efectividad y alcance de la disciplina contemplada en la ley 495 del FN es la relativa a los efectos que la dación en pago necesaria despliega sobre las garantías concluidas para asegurar la prestación pecuniaria.

la extinción de las garantías con la aceptación de la dación. Tampoco parece plausible su consideración como novación extintiva, pues la obligación no se extingue hasta la total satisfacción del acreedor producida cuando éste se hace propietario. El régimen que el Fuero Nuevo prevé sobre la figura de la dación en pago parece asumir que ésta es algo más que una modalidad de cumplimiento o una variedad de otras formas negociales. Se trata de un negocio *pro soluto* tipificado con características propias. Cf. SERRANO CHAMORRO, M.E., *Entrega... cit.*, pp. 55 y ss.

91. DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986, p. 463.

Como ya se ha señalado, la ley 495-1 FN prevé que *“las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación”*. Tal previsión, según se indica en las notas a la Recopilación Privada, atendía a una adecuada ponderación de los intereses propios del deudor y del acreedor: a) en cuanto al primero por considerar que *“la conservación de las garantías mientras subsiste el riesgo de evicción parece una solución excesivamente dura para el deudor”*; b) respecto al segundo porque *“aunque, en principio, la obligación antigua subsiste mientras no hay una atribución patrimonial definitiva, puede entenderse que quien acepta una dación en pago renuncia a las garantías”*.

En atención a esas explicaciones y el tenor literal de la ley 495 del FN, MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁹² ha considerado que el acuerdo sobre la dación produce el decaimiento de las garantías, aunque no se hubiera entregado el objeto de dación. Esta solución legislativa la considera criticable puesto que la mayor facilidad del deudor para cumplir no compensa jurídicamente la pérdida de aquéllas, entendiendo que resulta incongruente que las garantías, a pesar de ser obligaciones accesorias, se extingan legalmente antes que la obligación principal garantizada.

Como en su momento apunté⁹³, esa lectura de la ley 495-1 FN sobre el tema de la pervivencia de las garantías podría ser otra en atención a la noción que el Fuero Nuevo acoge sobre la *datio*, noción tributaria de su concepción romana que supone la entrada o recepción en el patrimonio del acreedor del objeto sustituto de la prestación originaria. Si ello es así, la aceptación de la *datio* que prevé la ley 495-1 FN para el decaimiento de las garantías no habría que referirlo al momento del acuerdo de la dación, sino a la “aceptación” de la prestación que ha realizado en pago el deudor⁹⁴. Con este planteamiento adquiere una nueva dimensión las explicaciones que ofrece la Recopilación Privada, pues el acreedor en el momento en el que se extinguen las garantías tiene en su poder el objeto subrogado y, además, mantiene vivo su crédito hasta que adquiriera la propiedad.

Para la dación en pago necesaria el criterio que establece la ley 495 del FN, respecto a la extinción de las garantías, resulta de difícil aplicación si se asume la tesis propuesta por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pues aquí no hay un

92. Ob. cit., p.37.

93. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Ley 495” en *Comentarios, cit.*, pp. 1668-1669

94. Esta misma problemática se ha venido planteando respecto a la fianza en sede de Código civil, proponiendo la doctrina mayoritaria su solución en ese sentido, puesto que la *datio in solutum* persigue satisfacer el interés del acreedor que se obtendrá con lo convenido en pago. Cf. FÍNEZ RATÓN, J.M., *Ob. cit.*, pp. 1490 y ss.

acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, y no cabe explicar la previsión foral sobre la hipotética voluntad de renuncia a aquellas por el acreedor en virtud del convenio de dación.

Otra justificación puede darse al tema, si se considera que la idea de "aceptación" de la dación que asume la ley 495 del FN supone la entrega del bien o, en su caso, una puesta a disposición del acreedor, dadas las razones objetivas que instan en la dinámica de las garantías a que se extingan éstas aun cuando no lo hayan hecho las obligaciones principales que garantizan. Una sentencia firme que conmine la dación en pago necesaria, si se acompaña de la entrega o puesta a disposición del bien objeto de dación, generará el decaimiento de las garantías porque se habrá producido, cuando menos de forma aparente, el pago o cumplimiento de la obligación.

En las garantías personales -concretamente la fianza- la dación impuesta al acreedor de un objeto distinto a la prestación de cantidad se reputará externamente como un pago o cumplimiento obligacional. Tal valoración impedirá que el fiador pueda ejercitar la acción de relevación de la fianza (art. 1.843 del Cc en relación con la ley 530 FN)⁹⁵, o que le quepa instar una acción de regreso contra el deudor. La aparente extinción de la obligación afianzada imposibilitará cualquier acción de cobertura que pretenda el fiador contra el deudor, resguardándole del hipotético riesgo de que sea él finalmente el que tenga que pagar⁹⁶. Ello acontecerá, además, cuando el acreedor ya cuenta en su poder con un bien que satisface, según el criterio judicial, su crédito.

Para las garantías reales -caso, por ejemplo, de la prenda, hipoteca o anti-credis- esas mismas razones pueden traerse a colación para aplicar la previsión de la ley 495 del FN cuando quien presta las garantías es un tercero no deudor.

Mayores dudas podría suscitar la solución propuesta por la ley 495 del FN si las garantías reales se prestan por el propio deudor afectando a objetos distintos a los ofrecidos en dación, puesto que éste como obligado debe cumplir y resulta responsable de la satisfacción del crédito. No obstante, si se

95. ARCOS VIEIRA, M.L., "Ley 530", *Comentarios al Fuero Nuevo*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2002, pp. 1815-1816.

96. El efecto descrito en la ley 495 del FN, decaimiento de todo tipo de garantías a partir de la aceptación de la dación, a mi modo de ver, resulta un reflejo de lo dispuesto en el artículo 1.849 del Cc, según la interpretación que la doctrina mayoritaria ha venido realizando de este último precepto. La extinción de la fianza por la aceptación de la dación, dispuesta en el art. 1.849 Cc, debe leerse conjuntamente con las previsiones de los arts. 1851 y 1852 del Cc. Se fundamenta en el perjuicio que puede sufrir el fiador por el negocio solutorio llevado a cabo entre acreedor y deudor, dado que si no se contempla ese efecto de la dación como pago o cumplimiento el fiador puede quedar vinculado a responder cuando ya no le resulta factible instar las acciones de cobertura que le protegen frente al deudor. Cf. FÍNEZ RATÓN, J.M., *Ob. cit.*, p. 1494.

tiene en cuenta que la dación en pago necesaria se articula en atención a que la prestación de cantidad se ha hecho excesivamente gravosa para él por su situación de iliquidez, y ésta puede conllevar efectos especialmente graves -como la realización de todo o parte de patrimonio por deudas de cantidad de valor muy inferior a éste-, la propia finalidad que persigue la figura abona la idea de ese efecto extintivo de la garantía en una interpretación concorde de las leyes 493 y 495 del FN.

En el caso de que los bienes que se entregan en sustitución de la obligación de cantidad sean los sujetos en garantía, ésta se extinguirá por la propia mecánica del régimen obligacional y de los derechos reales. Una válida constitución de prenda e hipoteca requiere que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca a quien la empeña o hipoteca, así como que se tenga su libre disposición (art. 1.857 del Cc). Si la dación en pago necesaria lo es con las cosas objeto de garantía real, el acreedor las ingresará en su patrimonio como dueño y se producirá la confusión de sus derechos, absorbiendo su titular dominical el derecho real de realización del valor del bien garante. La garantía real decaerá puesto que el acreedor podrá obtener el valor del bien como dueño del mismo.

d. Consumación de la dación en pago necesaria: extinción de la obligación de cantidad

Según reseña la ley 495-1 del FN, con la adquisición por el acreedor de la cosa subrogada el deudor quedará liberado de su obligación de prestación de cantidad. Hasta ese momento el acreedor mantendrá vivo su derecho de crédito e incólume la posibilidad de pedir el cumplimiento de la prestación inicial si por razones no imputables a él no adquiere la propiedad.

En el ordenamiento navarro, la entrega del objeto que sustituye la prestación inicial no determina por sí el cumplimiento de la prestación. Si el deudor entrega una cosa que no le pertenece, no se liberará de su obligación hasta que el acreedor adquiriera la propiedad de lo entregado. Aquel se encuentra obligado a responder hasta que se produzca la usucapión por el acreedor del bien entregado (leyes 356 a 359 FN), o se estime que dicha adquisición "a non domino" es inatacable conforme a las exigencias de la buena fe; lo que en Navarra se limita a los bienes inmuebles en atención a lo previsto en la ley 355 FN y el artículo 34 LH.

Esa protección que dispensa la ley 495 del FN al acreedor parece pertinente para la salvaguarda de sus intereses, y será concurrente con la que le otorgan, con carácter general, las acciones de saneamiento por evicción y vicios ocultos (leyes 567 y 570 FN).

Así, en el caso de evicción por el éxito de la acción reivindicatoria de un tercero sobre el bien objeto de dación, el acreedor mantendrá vivo su derecho a la prestación originaria (ley 495 párr. 1º FN), pudiendo en su caso reclamar la indemnización de daños y perjuicios (ley 493 párr. 2º). También podrá instar el saneamiento por evicción (ley 570 FN), con efectos análogos a la anterior previsión, ya que el deudor deberá indemnizar al acreedor de todo menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia de la evicción⁹⁷.

La confluencia de esas acciones parece también plausible si la pérdida de la propiedad del acreedor es parcial por pérdida de una parte del objeto subrogado o reconocimiento de una situación de copropiedad.

Cuando la evicción no afecte a la propiedad –caso, por ejemplo, de declaración de una servidumbre o un usufructo–, el acreedor únicamente dispondrá de la acción de saneamiento al haberse extinguido la obligación inicial.

Ha de tenerse presente que en la dación en pago necesaria, la imposición por decisión judicial de la aceptación de la dación impide que pueda acudir a otras vías para salvaguardar el derecho del acreedor cuando se produce la pérdida del bien entregado. No pueden instarse las acciones por vicios del consentimiento e impugnarse la eficacia liberatoria de la prestación subrogada reclamando su anulabilidad por dolo o error (ley 19 FN). La dación en pago necesaria, como fruto del ponderado criterio judicial, excluye los mecanismos que preservan las legítimas expectativas que desata el acuerdo de dación convencional, aunque en este caso tales expectativas se tutelén posponiendo el efecto consuntivo del crédito a la adquisición por el acreedor de la plena titular dominical del objeto entregado.

IV. PAPEL DE LA DACIÓN EN PAGO NECESARIA: REFLEXIÓN FINAL

Hasta la fecha la dación en pago necesaria, prevista en la ley 493, párr. 2º in fine del FN, ha sido poco más que una curiosidad normativa, prácticamente desconocida en la praxis de los Tribunales.

Su carácter excepcional y las circunstancias de bonanza económica que ha vivido nuestra sociedad han propiciado el olvido de la institución. A ello tampoco ha sido ajena la dificultad de aplicar una institución que desterró la codificación francesa y, por ende, el Código civil español. La falta de su análi-

97. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Ob. cit.*, pp. 38 y 39.

sis doctrinal, su escaso conocimiento práctico y la tendencia huidiza que, en ocasiones, se advierte hacia la disciplina del cumplimiento obligacional del Código civil, han dificultado que desplegara todo su potencial desarrollo.

El actual contexto de crisis económica permite observar con nuevos ojos esta figura, sabiendo que su aplicación se encuentra sujeta ineludiblemente a varios parámetros: a) su ponderada valoración judicial, que faculta al Juez para que actúe en justicia y equidad; b) el cariz extraordinario de esta institución que exceptúa una regla general por todos compartida, pero que puede resultar injusta para el deudor de cantidad en ocasiones concretas.

Como históricamente acaeció, la figura ofrece solución a aquellos casos en los que no se logra vender los bienes a un justo precio en el mercado y que determinan situaciones de iliquidez que comprometen gravemente la economía familiar o actividad empresarial.

Es una vía de solución para el tema candente del pago del crédito hipotecario en el que se halla comprometido todo el patrimonio del deudor (art. 1.911 del Cc) por un régimen de ejecución hipotecaria que no permite obtener el valor efectivamente tasado del bien sujeto a garantía. Se atisba como un remedio efectivo para paliar el colapso de la actividad empresarial por falta de liquidez y evitar el concurso de la empresa por la falta inmediata de pecuniario (para resolver ambas cuestiones en el marco del Derecho común se están proponiendo fórmulas que, en sustancia, implican una dación en pago necesaria, con o sin intervención judicial).

En el ordenamiento jurídico navarro este instrumento se encuentra tipificado legalmente y resulta plenamente operativo. Basta para ello que se den los requisitos analizados en la norma foral -ley 493, párr. 2º in fine del FN- y que el juez asuma la función estelar que el Fuero Nuevo le ha querido dar.

No obstante, se advierte que existe un difícil encaje de esta normativa sustantiva civil con el régimen procesal que desconoce la figura, lo que plantea una necesaria actuación legislativa para que este subrogado del cumplimiento despliegue todo su potencial.

Hay que establecer cauces procesales que faculten que la dación en pago necesaria cumpla su papel extintivo y éste sea efectivo en el momento oportuno, ya sea en el procedimiento de ejecución hipotecaria o concursal.

Las competencias que el artículo 149.1.6 CE reconoce a las Comunidades Autónomas en materia de legislación procesal "*en atención a las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo*" permiten actuar en tal sentido, máxime tratándose de un Derecho civil foral propio, cuya competencia legislativa pertenece en exclusiva a la Comunidad Foral de Navarra (art. 48 LORAFNA y 149.1.8 CE). La doctrina del

Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, admitiendo que no existe injeerencia en la competencia legislativa del Estado en materia procesal cuando tal regulación resulte pertinente desde la perspectiva de la defensa judicial y permita que tenga el efecto pretendido la normativa sustantiva propia (Cf. SSTC 135/2006, de 27 de abril; 47/2004, de 25 de marzo)⁹⁸.

No constituye óbice para ello que los ámbitos procesales implicados por la dación en pago necesaria sean, entre otros, los procesos ejecutivos. Pues, como recientemente se ha recordado en el Auto de 19 de julio de 2011 del Tribunal Constitucional, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada contra los arts. 569, 695 y 698 LECiv por vulneración del derecho de defensa en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la definición del régimen o esquema legal del proceso de ejecución hipotecaria es una “*materia de la exclusiva competencia del legislador, (quien) dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir*”⁹⁹. Este legislador puede ser el Parlamento Foral de Navarra en tanto quiera, por sus competencias específicas sobre Derecho civil propio, hacer efectiva la funcionalidad de la dación en pago necesaria que regula la ley 493, párr. 2º in fine del FN.

98. Cf. AAVV, *Aspectos procesales del Fuero Nuevo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010, pp. 35 y ss.

99. En el Auto de 26 de julio de 2011 el pleno del Tribunal Constitucional ha rechazado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Sabadell, en la que se proponía la modificación de la Ley Hipotecaria permitiendo la dación en pago de la vivienda en satisfacción del crédito garantizado. El Alto Tribunal rechazó la admisión de dicha cuestión apuntando, entre otras razones, su falta de competencia para instar una modificación legal, por tratarse de una materia reservada al legislador.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

AAVV, *Aspectos procesales del Fuero Nuevo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010.

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

ARCOS VIEIRA, M. L., “Ley 530”, *Comentarios al Fuero Nuevo*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2002.

BERCOVITZ RODRIGUEZ -CANO, R., “Artículo 1.166”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XVI-1, Edersa, Madrid, 1980.

BLANCH NOUGUÉS, J. M., “Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2010-I.

BONINI, R. “La c.d. datio in solutum necessaria” (Nov. Iustiniani 4, 3 e 120, 6, 2), *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, II, Patron Editore, Bologna, 1973.

BRUGI, B., *Istituzioni di diritto romano (diritto privato giustiniano)*, Torino, 1926.

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

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.

DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, T. II, 2ª ed., Barcelona, 1844.

D’ORS PÉREZ-PEIX, A., *Derecho privado romano*, 10ª ed., Eunsa, Pamplona, 2004.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Ley 493”, *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Editorial Aranzadi-Gobierno de Navarra, Cizur Menor, 2002.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Ley 495”, *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. Enrique Rubio Torrano, Editorial Aranzadi-Gobierno de Navarra, Cizur Menor, 2002.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Integración en Europa y Derecho civil navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 2003.

FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ PACHECO, M. T., *La ejecución de las sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Tecnos, Madrid, 1995.

FINEZ RATÓN, J. M., “La dación en pago”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1995.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, T. III, Madrid, 1852.

GARCÍA CRUCES, J. A., “Dación en pago y reintegración concursal”, *La ley*, nº 7492, 20 de octubre de 2010.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Artículo 1.911”, *Comentario al Código civil*, T. II., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

JÍMENEZ PARÍS, T. A., “Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 724, 2011.

JÍMENEZ PARÍS, T. A., “El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la ley concursal”, *La Ley*, nº 7487, 13 de octubre de 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil II*, vol. 1º, Ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1985.

LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Editorial Trivium, Madrid, 1999.

LÓPEZ TOVAR, G., *Las Siete partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*, glosadas por Gregorio López, T. II, Madrid, 1789.

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

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “En torno a la regulación de la responsabilidad contractual en el Fuero Nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 21, 1996.

PÉREZ GARCÍA, M. J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)”, *La ley*, nº 7590, 16 de marzo de 2011.

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

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

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

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

SÁNCHEZ CASTRO, J.D., “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 63, 2010.

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