

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL BIEN HIPOTECADO AL ACREEDOR CON EFECTOS EXTINTIVOS DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Reflexiones suscitadas por la Ley de contratos de crédito inmobiliario*

María Elena Sánchez Jordán

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

TITLE: *Transfer of the mortgaged property to the mortgagee in order to the extinction of the secured obligation. Thoughts raised by the Act on credit agreements relating to residential immovable property*

RESUMEN: En este trabajo se analizan algunos mecanismos en virtud de los cuales se extingue el préstamo hipotecario de un modo distinto al inicialmente pactado. Así, se examina la dación en pago en sus distintas versiones, las referencias que a la misma se contienen en la reciente Ley de contratos de crédito inmobiliario, las posibilidades que abre el art. 28.4 de la Directiva 2014/17/UE y la transposición de este último precepto al ordenamiento italiano. Los supuestos estudiados presentan una nota común, ya que permiten al deudor quedar liberado de la obligación garantizada mediante la transmisión de la propiedad del inmueble hipotecado al acreedor hipotecario.

ABSTRACT: *In this paper we analyze some mechanisms (in most cases, parties' agreements) that allow the contract's termination differently as initially established. Special attention shall be paid to the datio in solutum, to the rules contained in the Act on credit agreements relating to residential immovable property, as well as to the provisions established by art. 28.4 of Directive 2014/17/UE and its transposition into the Italian legal system. In these cases, instead of paying the loan's installments, the debtor cancels the debt by transferring the mortgaged property to the mortgagee.*

PALABRAS CLAVE: Contratos de crédito inmobiliario, dación en pago, pacto comisorio, pacto marciano, obligación facultativa.

KEY WORDS: *Credit agreements relating to residential immovable property, datio in solutum, pactum commissorium, pactum marcianum, substitute obligation.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA DACIÓN EN PAGO. 2.1. *La dación en pago consensual.* 2.2. *La dación en pago forzosa.* 2.3. *La dación en pago en los contratos de crédito inmobiliario; en particular, de la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en la LCCI.* 3. *El artículo 28.4 de la directiva 2014/17/ue y su transposición en italia.* 3.1. *El artículo 28.4 de la DCCI y la posible infracción del pacto*

* Este trabajo se ha realizado en el marco de la Red Temática de Excelencia «Registro, mercado crediticio y crisis económica» (DER 2016-81966-REDT) así como del proyecto de investigación «La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicaciones prácticas» (DER2017-83970-P). Me gustaría agradecer a los profesores F. Capilla Roncero y B. Rodríguez-Rosado sus sugerencias y comentarios, que me han ayudado a entender mejor algunos de los puntos más oscuros del principio de responsabilidad patrimonial universal y del pacto comisorio. También querría dar las gracias a los/as revisores/as por sus atinadas críticas, sus fundadas observaciones y sus numerosas recomendaciones, que espero haber sido capaz de reflejar en la versión definitiva de este estudio.

comisorio. 3.2. La transposición italiana del artículo 28.4 de la DCCI: el pacto marciano. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Es posible afirmar que una de las cuestiones que queda sin resolver en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario es la relativa a la dación en pago. Este subrogado del cumplimiento no aparece mencionado en la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (desde ahora, DCCI), cuyo art. 28.4 permite, sin embargo, «que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito»¹, precepto que parece estar admitiendo el pacto comisorio, prohibido en nuestro ordenamiento por el art 1.859 del Código civil. Aquel precepto es reflejo de la manifestación contenida en el Considerando 27 *in fine* de la Directiva², apartado en el que, con carácter general, se pone de manifiesto la preocupación del legislador comunitario por las consecuencias que tiene la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, así como también sobre los prestamistas y sobre la estabilidad financiera. En este sentido, no puede perderse de vista que uno de los propósitos básicos (al menos, de los que encuentran un reflejo expreso en la norma) de la DCCI es el de dotar de un alto nivel de tutela al deudor hipotecario-consumidor³, por lo que no es de extrañar que este artículo 28.4 permita la

¹ LUPOI, Alberto, «Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)», en *Riv.dir.banc.*, 15, 2016, pp. 1 y ss., es muy crítico con los diversos aspectos que, a su juicio, deja abiertos esta regla, ya que considera que en el caso de que su transposición no se vea respaldada por la adopción de una serie de cautelas pueden generar numerosos problemas, de entre los que destaca el fenómeno del *predatory lending*.

² Que dispone: «Los Estados miembros no deben impedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito».

³ Así, y de acuerdo con su Considerando 15, el objetivo de la norma comunitaria «consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección». Esta afirmación reitera a su vez lo señalado con carácter previo tanto en el Considerando 5, en el que se pone de relieve la importancia de lograr un cierto nivel de armonización en materia de contratos de crédito sobre bienes inmuebles a nivel de la Unión Europea para alcanzar la tutela del consumidor (en concreto, cuando afirma que «Para facilitar... un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable, es necesario establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos...»), como en su Considerando 6, más preocupado, en cambio, por dotar al mercado interior de una serie de características (transparencia, eficiencia y competitividad) a través

inclusión de una estipulación en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca que, en caso de ser empleada, liberaría al deudor y extinguiría la obligación sin necesidad de acudir al procedimiento de ejecución forzosa, limitando además la responsabilidad patrimonial del obligado a la cosa sujeta por la garantía o al importe obtenido en caso de enajenación de la misma⁴.

Tampoco la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) —que transpone a nuestro ordenamiento la recién mencionada DCCI⁵— regula la *datio in solutum*, a pesar del intento que se produjo, en el trámite parlamentario de elaboración de la misma, de incluir en ella una suerte de dación en pago forzosa a favor de los prestatarios sin recursos económicos suficientes⁶. La LCCI únicamente efectúa dos referencias incidentales a la dación en pago —al menos, a lo que parece serlo— en los arts. 6.1.h) y 9.ñ) de la LCCI; el primer precepto se ocupa de la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios y, el segundo, de la información general que se debe proporcionar por el prestamista, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes designados, acerca de los préstamos inmobiliarios.

En este trabajo se examinará, en primer lugar, cómo se ha recogido en nuestro ordenamiento la dación en pago en sus dos versiones (voluntaria y necesaria) en la normativa que podríamos considerar de carácter general; a continuación, se considerarán las referencias a la transmisión de la propiedad de la cosa hipotecada con efectos extintivos de la obligación en las normas que se ocupan de los contratos de crédito inmobiliario, incluyendo las previsiones de los arts. 6.1.h) y 9.ñ) LCCI. Para cerrar este análisis, se estudiará el artículo 28.4 DCCI y la fórmula que ha sido empleada

del establecimiento de unos «contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles» como otra vía para procurar un alto grado de protección a los consumidores.

⁴ En esta línea interpreta MARCHETTI, Giovanna, *La responsabilità patrimonial negoziata*, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 326, el contenido del art. 28.4 DCCI, añadiendo que la lógica de dicha regla parece ser la de atribuir al acreedor el riesgo de la disminución del valor del inmueble hipotecado.

⁵ Tal y como se afirma expresamente en el apartado II de su Exposición de Motivos y se indica en la Disposición Final decimocuarta. Sin embargo, a juicio de CARRASCO PERERA, Ángel, «Introducción» a *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (dir. Carrasco Perera), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, p. 33, la LCCI «pretende ser una transposición de la Directiva UE 2014/17, pero no se parece a ella» y es, además, «superflua para España» (p. 35). El autor justifica estas afirmaciones explicando que se trata de una ley que en rigor no transpone ni las preocupaciones ni las instituciones de la Directiva, sino que se trata de una norma «hecha para la praxis española y determinada por los demonios históricos del pasado hipotecario español, que toma la Directiva como mera ocasión para producir la enésima reforma del sistema de crédito inmobiliario» (pp. 35 y 36).

⁶ Mediante una enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en febrero de 2018 y que se encuentra publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, de 23 de marzo de 2018, nº 12-3.

para incorporarla en un ordenamiento tan cercano al nuestro como es el italiano, que no ha sido otra que el pacto marciano⁷. A partir de lo expuesto, y sin perder de vista que en este ámbito concurren tres variables, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo —realización de una prestación distinta de la inicialmente pactada con efectos liberatorios, evitación de la ejecución judicial y excepción o matización del principio de responsabilidad patrimonial universal— se intentará dilucidar si estos mecanismos son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico; cuál de ellos resulta más beneficioso para el obligado hipotecario y cómo afectan al principio *par condicio creditorum*⁸ y, por lo tanto, a los derechos de los restantes acreedores del deudor (aparte del hipotecario).

2. LA DACIÓN EN PAGO

2.1. La dación en pago consensual

En el presente apartado se abordará el estudio de las referencias a la dación en pago que se contienen en la normativa que podría calificarse como general en atención a su objeto, esto es, la que no se ciñe al crédito hipotecario, incluyendo bajo este calificativo tanto a las normas de Derecho común como a las autonómicas. En concreto, se analizará la dación en pago que puede denominarse consensual (por contraposición a aquella forzosa o necesaria), que es fruto de un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor que tiene lugar, por lo general, cuando el deudor se encuentra ante dificultades insuperables para cumplir en el modo pactado.

En este punto, conviene comenzar por el análisis de la regla general en materia de cumplimiento de las obligaciones y de la excepción que la dación en pago representa

⁷ Un trabajo reciente acerca de la inclusión del pacto marciano en el Derecho italiano es el de DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, «Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana», *A.D.C.*, tomo LXXII, 2019, fasc. III, pp. 812 y ss.

⁸ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *R.C.D.I.* nº 724, 2011, p. 1.172, sostiene que uno de los motivos que explican la prohibición de pacto comisorio consiste, precisamente, en la necesidad de defender a terceros acreedores y el principio *par condicio creditorum*. También, DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, *op. cit.*, p. 798, nota 4. En contra, para el Derecho italiano y siguiendo la jurisprudencia más reciente de la *Corte di Cassazione*, MARCHETTI, Giovanna, *op. cit.*, pp. 340 y 341, opina que la ilicitud del pacto comisorio deriva solo del exceso de (valor de) la garantía respecto la deuda. A su juicio, y en alusión, ahora al pacto marciano, ni la *par condicio* ni la genérica exigencia de tutela de los acreedores frente a la disminución de la garantía común —el patrimonio del deudor— interfieren con la validez del pacto, ni tampoco inciden sobre su estructura. La autora considera que la protección de los acreedores opera en un plano diverso, que es el de la eficacia, ámbito en el que la tutela de los restantes prestamistas se asegura a través del empleo de los mecanismos de conservación del patrimonio, ante todo, la acción revocatoria y la ejecución forzosa anticipada.

en este punto. Ha de decirse, en este sentido, que el pago o cumplimiento de las obligaciones, que se encuentra enunciado en el artículo 1.156 del Código civil como primera causa de extinción de las mismas, ha sido concebido como «exacta ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la naturaleza de la misma»⁹, lo que lleva a precisar, a su vez, que para que este cumplimiento despliegue todos sus efectos (extinguendo la deuda, liberando al deudor y procurando satisfacción al acreedor), debe reunir una serie de requisitos relativos a los sujetos que lo llevan a cabo, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar en el que se realiza¹⁰. En el extremo que aquí interesa —el relativo al objeto de la obligación— es necesario, pues, que la prestación sea exacta, es decir, que cumpla con los requisitos de identidad (arts. 1.157 y 1.166 del Código civil), integridad (art. 1.157 del Código civil)¹¹ e indivisibilidad (art. 1.169 del Código civil)¹². Lo expuesto significa que el deudor ha de cumplir su obligación en los términos pactados con el prestamista, esto es, debe abonar las cuotas del préstamo en la moneda y la cuantía pactadas y ha de hacerlo, además, en los plazos establecidos en el contrato, si bien ha de indicarse que precisamente el artículo 23 LCCI autoriza una excepción en este punto, al facultar al prestatario para reembolsar de forma anticipada (y, por tanto, con anterioridad a la expiración del término pactado) todo o parte del préstamo.

Si nos centramos en el requisito de la identidad y atendemos no solo al artículo 1.157 sino, además, al artículo 1.166 del Código civil, resulta que las normas en materia de pago o cumplimiento no solo impiden al prestatario imponer al prestamista la recepción de una cosa distinta a la debida, sino que este último precepto recoge al mismo tiempo su reverso, esto es, el derecho del acreedor a exigir justamente lo que se le debe¹³. En definitiva, las normas que regulan esta circunstancia obligan a realizar la prestación pactada (entrega de la suma de dinero), sin que el acreedor pueda pretender la entrega de (ni esté obligado a recibir) una cosa diferente de la debida. Sin

⁹ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 472.

¹⁰ Díez-PICAZO, Luis, *op. cit.*, p. 478.

¹¹ Nótese que, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al art. 1.157», en Cándido Paz-Ares, *et al.*, *Comentario del Código civil*, T. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, el art. 1.157 CC no solo impone la integridad de la prestación, sino que puede considerarse referido a la exactitud de la prestación, concepto que a su juicio abarca la integridad, la identidad y el cumplimiento en el tiempo y en el lugar debido, así como el modo de realización de la prestación.

¹² En este sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1º*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1985, pp. 199-202. También, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El cumplimiento de las obligaciones», en Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, pp. 158-160.

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El cumplimiento de las obligaciones», *cit.*, p. 158.

embargo, el carácter dispositivo de los mencionados preceptos¹⁴ permite que las partes acuerden *a posteriori* la ejecución de una prestación diversa de la pactada inicialmente y, por lo tanto, cabe que el acreedor admita voluntariamente la realización de esa prestación distinta con eficacia extintiva de la obligación¹⁵, lo que nos sitúa ante una dación en pago consensual, cuya admisibilidad no es discutida ni por la doctrina ni por la jurisprudencia¹⁶.

Esta clase de dación en pago se encuentra expresamente admitida, además, por la ley 495-I del Fuero nuevo de Navarra¹⁷, en la que se establece lo siguiente: «Dación en pago. Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

2.2. La dación en pago forzosa

Más dudosa resulta, en cambio, la posibilidad de admitir la dación en pago forzosa, entendida como aquella modificación de la prestación del deudor que, con carácter

¹⁴ Naturaleza dispositiva que se expresa, por ejemplo, en la STS 20 noviembre 2008 (RJ 2009\283), en la que se señala que, de conformidad con el art. 1.166 CC, no es posible cambiar la cosa debida sin acuerdo de las partes, y que el cambio unilateral da lugar al incumplimiento de la obligación.

¹⁵ Y así lo ha hecho la jurisprudencia, por ejemplo, en las SSTS 4 octubre 1989 (RJ 1989\6881); 29 abril 1991 (RJ 1991\3106) y 2 diciembre 1994 (RJ 1994\9393). También cabe citar resoluciones de la DGRN en este sentido, como, por ejemplo, las de 13 septiembre 2012 (RJ 2012\10956) y 21 septiembre 2018 (RJ 2018\4484).

¹⁶ El debate doctrinal y jurisprudencial se ciñe, fundamentalmente, a la naturaleza jurídica de la dación en pago, pues se ha equiparado a la compraventa (SSTS 13 mayo 1983 [RJ 1983\2820], 13 febrero 1989 [RJ 1989\831], 30 noviembre 2000 [RJ 2000\9319], 19 de octubre de 2006 [RJ 2006\8978] y 1 de octubre de 2009 [RJ 2009\7263]). También se ha mencionado su similitud con la novación por cambio de objeto (SSTS 5 octubre 1987 [RJ 1987\6712] y 8 febrero 1996 [RJ 1996\952]) y hay, además, alguna decisión que la considera negocio con caracteres propios (SSTS 5 octubre 1987 [RJ 1987\6712] y 14 julio 1997 [RJ 1997\5608]), en coherencia con el sector doctrinal que la considera negocio atípico (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*, cit., p. 557; también, STS 27 septiembre 2002 [RJ 2002\7877]) o, incluso, típico, «con tipicidad práctica y jurisprudencial» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, cit., p. 218). Puede encontrarse una clarificadora síntesis de las diversas posturas en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El cumplimiento de las obligaciones», cit., p. 178, donde hace referencia a otra tesis, que es aquella que sostiene que la dación en pago constituye un negocio no solo atípico sino complejo, en el que se combinan las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación objetiva (STS 15 diciembre 1989 [RJ 1989\8832]).

¹⁷ Esta ley ha sido reformada recientemente por el art. 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que unifica en una sola norma la regulación de la dación en pago voluntaria y la forzosa. Con anterioridad, la ley 495 solo se ocupaba de la dación en pago voluntaria (junto a la dación para pago), mientras que la forzosa se encontraba contemplada, de forma muy incompleta, en la ley 493-II *in fine* del Fuero nuevo.

extintivo de la obligación, se impone al acreedor en contra de su voluntad. Tal imposición no solo choca con lo dispuesto en los arts. 1.157 y 1.166 del Código civil, sino que podría dar lugar a una vulneración del principio de responsabilidad patrimonial universal y de otras normas que podrían considerarse *estructurantes* de nuestro ordenamiento, como explica una parte de la doctrina¹⁸. Sin embargo, lo recién expuesto no ha impedido que algunos preceptos admitan la limitación convencional de la responsabilidad del deudor hipotecario, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se pacta que la responsabilidad del obligado se haga efectiva únicamente sobre el objeto hipotecado, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 140 de la Ley hipotecaria. Además, la dación forzosa se encuentra admitida por algunas normas¹⁹, siquiera de ámbito territorial limitado. Por orden cronológico ha de citarse, en primer lugar, el artículo 333-10.2 del Código de Consumo de Cataluña (en adelante, CConsCat)²⁰, precepto que fue añadido por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre²¹, en el que se dispone que «En el supuesto de créditos y préstamos hipotecarios, el órgano al que corresponde resolver el expediente puede acordar la dación en pago u otras medidas complementarias, siempre y cuando exista una relación directa entre la cláusula o la práctica abusiva o desleal y la medida adoptada». Parece, por tanto, que se atribuye al órgano administrativo encargado de la resolución de los expedientes sancionadores en materia de consumo la facultad de imponer la dación en pago cuando en los contratos de crédito o préstamo hipotecario se detectaran cláusulas o prácticas abusivas o desleales directamente relacionadas con la dación en pago, lo que obliga a plantearse, al menos, dos interrogantes: en primer lugar, ¿cuáles serían esas cláusulas o prácticas directamente relacionadas con la dación en pago?²² En segundo

¹⁸ Véase, por todos, MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», *Indret* 2/2014, pp. 9 y ss., especialmente pp. 11 a 13.

¹⁹ A pesar de que hay quien considera que la dación «forzosa o impuesta» es una institución extraña a nuestro ordenamiento: así, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, «La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria», en M. Espejo Lerdo de Tejada y J.P. Murga Fernández (dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 519 y 520).

²⁰ En el CConsCat se encuentran varias referencias más a la dación en pago: en concreto, en sus arts. 123-2.h) y 131-3.2, que también fueron incluidos en el texto legal por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, solo que, en estos preceptos, la dación en pago que se prevé no tiene carácter forzoso.

²¹ A juicio de algunos autores, esta norma dio lugar a un incremento de la tutela del deudor hipotecario precisamente como consecuencia de la influencia de las previsiones de la DCCI. Así, NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº139/2015, pp. 11-55, donde incluso sostienen que con la citada ley el legislador catalán se anticipó al español a la hora de transponer la Directiva 2014/17/UE, yendo en algunas ocasiones más allá de lo previsto en la propia norma europea.

²² Aunque no se trata de un caso de imposición judicial de la dación en pago sino de limitación de responsabilidad del deudor al valor del objeto hipotecado, podría servir como ejemplo de cláusula relacionada con la dación en pago la que es analizada en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10

término, ¿es posible que un órgano de carácter administrativo imponga al prestamista una dación en pago, en contra de lo dispuesto en los arts. 1.157 y 1.166 del Código civil y con un evidente impacto, además, sobre el alcance del artículo 1.911 del Código civil?

Otro supuesto de dación en pago forzosa se contempla en la recién modificada ley 495 Fuero nuevo, que en sus párrafos II y III establece: «Dación en pago necesaria. El acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución atendiendo a la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes y a la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria.

Sin perjuicio de la solicitud por parte del deudor en el procedimiento declarativo que corresponda, si se hubiere iniciado la ejecución, podrá formular oposición con causa en la dación en pago por agravación extraordinaria de la prestación en el procedimiento ejecutivo de que se trate»²³.

Mientras que la redacción del párrafo II —que mejora y completa la regla que se contenía en la ley 493-II *in fine* antes de la modificación²⁴— parece representar una cristalización de los requisitos para la aplicación de la dación en pago necesaria —esto es, la impuesta por el juez— que ya habían sido enunciados por la doctrina²⁵, el párrafo III supone una total novedad con respecto a la redacción anterior a la modificación

de Barcelona núm. 297/2016 de 7 diciembre (JUR\2017\16867). En el supuesto enjuiciado, en el que no se aplica el CConsCat sino el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), el juez declara la abusividad y decreta la nulidad, por falta de claridad exigible a una estipulación contenida en un contrato suscrito con consumidores, de la cláusula que imponía a los deudores principales una responsabilidad personal e ilimitada añadida a la garantía hipotecaria establecida.

²³ Precisamente esta circunstancia ya ha intentado alegarse en algún caso, como el resuelto por la Sentencia de la Audiencia provincial de Ourense núm. 161/2018 de 28 junio (JUR 2018\239202). En dicho supuesto, los demandados se opusieron a la demanda interpuesta por el Banco ejecutante invocando la aplicación del Real Decreto ley 6/2012; una de las demandadas, además, ofreció la vivienda hipotecada en pago de la deuda pendiente. Sin embargo, la sentencia desestima dicha causa de oposición al no encontrarse prevista en el art. 695 LEC.

²⁴ En ella, de manera mucho más escueta e incompleta, se disponía «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». La Exposición de motivos de la Ley de modificación y actualización de la Compilación navarra explica que con ella se han desarrollado el pago parcial y la dación necesaria, al tratarse de dos instituciones propias del Derecho navarro de especial utilidad en momentos de crisis.

²⁵ Véase, en este punto, EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la ley 493 del Fuero nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, nº 51, pp. 64-75.

operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril²⁶. Este párrafo suscita la interesante cuestión relativa a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia procesal, que aquí se deja simplemente apuntada para no distraer la atención del asunto principal²⁷.

²⁶ Tal y como se explica en el Preámbulo de la Ley recién citada, el legislador navarro no se ha limitado a precisar los requisitos sustantivos de la dación en pago necesaria, sino que, además, la reforma se ha extendido a las especialidades procesales y, en el caso que nos ocupa, ha incluido una nueva causa de oposición del deudor en los procesos de ejecución.

²⁷ Ante las posibles dudas que pudiera suscitar este aspecto, ya se adelanta una respuesta en la propia Exposición de Motivos con la referencia expresa al artículo 149.1.6^a de la Constitución española —que admite la existencia de especialidades procesales derivadas de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas— y a las SSTC 135/2006 y 47/2004. También se menciona expresamente la STC 19 de junio de 2011, que, sin embargo, no aparece en los buscadores habituales de jurisprudencia ni en la base de datos del TC. Dichas sentencias se dictan en respuesta a sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la ley catalana de asociaciones, la primera, y contra la ley gallega sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial, la segunda; y a pesar de que ambas declaran la inconstitucionalidad de algunos preceptos de las leyes recurridas —entre ellos, todos los de la ley de asociaciones catalana que regulan aspectos procesales—, la STC 47/2004 afirma la constitucionalidad de algunas de las particularidades procesales contenidas en la norma gallega, con apoyo en el ya citado artículo 149.1.6^a de la Constitución española y en la asunción de competencias en materia civil por la Comunidad Autónoma de Galicia. Por lo que se refiere a la justificación de la constitucionalidad de la inclusión de especialidades procesales por reglas autonómicas, ha de destacarse que en la STC 135/2006 se afirma, en su FJ 2, en relación con el título competencial relativo a la legislación procesal, que «baste recordar la síntesis de la consolidada doctrina que este Tribunal ha establecido al respecto y que se contiene en la STC 47/2004, de 25 de marzo. En dicha resolución pusimos de relieve la concurrencia de las siguientes pautas: «en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, *tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas* (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre; FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, F. 5)» (FJ 4)». El subrayado (en cursiva) es mío.

En cuanto a la STC 47/2004, que declara la constitucionalidad de la mayor parte de los preceptos contenidos en la Ley gallega sobre recurso de casación en materia de Derecho civil especial, en ella

En definitiva, aquí interesa subrayar que esta nueva causa de oposición —dación en pago por agravación extraordinaria de la prestación—, que el Fuero nuevo concede al deudor en el procedimiento ejecutivo instado por el acreedor para lograr el cobro de su crédito, sería aplicable a cualquier tipo de deuda dineraria cuya devolución se hubiera convertido en excesivamente onerosa para el obligado. Parece, pues, que no habrá ningún obstáculo que impida su alegación, y consiguiente estimación por parte del juez, si procediera, cuando la deuda que el obligado no logra devolver estuviera garantizada con hipoteca (o cualquier otra garantía real)²⁸.

Puede añadirse, a modo de cierre, que muy probablemente quienes han reclamado la imposición de la dación en pago a favor de ciertos deudores (por tanto, en su versión forzosa) lo han hecho movidos por la intención de buscar instrumentos que, en un contexto excepcional de crisis como el que se ha vivido en la última década, contribuyan a limitar la responsabilidad del deudor hipotecario a la cosa hipotecada. Cabe afirmar, pues, que se trataría de modular por vía legal —pues lo que se solicita es que sea la ley la que permita imponer la dación en pago en ciertas circunstancias— las duras consecuencias que derivan de una aplicación estricta y sin matices del artículo

puede leerse que «tendrá legitimidad constitucional aquella normativa autonómica que se halle justificada por la directa conexión entre lo que tiene de particular o peculiar el Derecho civil foral de Galicia y la especialidad procesal incorporada, que surge así como "necesaria" y encaminada, precisamente, a preservar y proteger, con el adecuado grado de intensidad y eficacia, el mencionado Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan» (FJ 6 in fine).

Cabe añadir, por último, que si leemos con atención la reciente STC 132/2019, podemos llegar a la conclusión de que es muy posible que la inclusión de una causa de oposición en el proceso ejecutivo, por muy vinculada que se encuentre con una regla propia del Derecho civil navarro, habría sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en el caso de que la norma hubiera sido recurrida y de mantener el TC su actual conformación) como consecuencia de su naturaleza procesal, ya que, de todos los preceptos impugnados de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, solo consideró inconstitucional el párrafo 3 de su artículo 621-54, precisamente por vulnerar el art. 149.1.6ª CE. Para una crítica a esta reciente STC y, en particular, a esta concreta declaración, véase GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), pp. 37-39.

²⁸ En línea con lo que se acaba de decir, *vid.* EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *op. cit.*, p. 81, quien afirma expresamente que es posible que los bienes que se entreguen en sustitución de la obligación de cantidad sean los sujetos por la garantía (y cita la prenda y la hipoteca), garantía esta, que, además, quedará extinguida por la propia mecánica de los derechos (obligacionales y reales) que están en juego. La misma autora había justificado previamente (*op. cit.*, pp. 72 y ss.), que la posibilidad de que el juez pueda acordar la *datio in solutum* (necesaria) mediante la entrega de los bienes sujetos por la garantía no infringe la prohibición de pacto comisorio, pues el peligro que trata de conjurar dicha prohibición es, a su juicio, el representado por «el pacto previo que concede al acreedor una posición de ventaja económica desproporcionada».

1.911 del Código civil tras la pérdida del inmueble hipotecado²⁹, rigidez que puede entenderse que ha sido suavizada, en cierta medida y en algunos casos concretos, por parte del Tribunal Supremo³⁰.

²⁹ En este sentido cabe citar desde fundadas —siquiera minoritarias— opiniones doctrinales, a propuestas de carácter institucional y, también, a otras procedentes de organizaciones no gubernamentales a favor de la dación en pago forzosa. Entre las primeras pueden citarse las de PÉREZ ÁLVAREZ, M^a Pilar, «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas reformas legislativas», en *Revista de Derecho Patrimonial* 39, 2016, pp. 27 y ss., en particular, p. 64. Cabe mencionar también, en este grupo, el trabajo de VIVES MARTÍNEZ, Gemma, «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago», *La Ley*, nº 7908, 24 julio 2012, pp. 1.702 y ss., en el que efectúa un análisis de distintas resoluciones de juzgados y tribunales que se ocupaban, básicamente, de la suerte de la deuda hipotecaria pendiente de pago tras la ejecución del bien sujeto por la garantía. La autora se muestra a favor de la dación en pago, aunque en realidad se centra en proponer una nueva interpretación del art. 579 LEC que permita limitar la responsabilidad del obligado hipotecario en los casos de que la venta del inmueble hipotecado sea insuficiente para cubrir toda la suma adeudada. Entre las segundas, el Informe *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, en cuyas conclusiones se apunta que «La dación de la vivienda en pago de la totalidad de la deuda podría articularse como contenido del convenio concursal entre deudor y acreedores. Sería una medida legal tutelada por la autoridad judicial» (p. 99). En este conjunto también se incluye la propuesta de dación en pago —se entiende que obligatoria— en ciertos casos, adoptada en la XXII Reunión Nacional de Jueces Decanos de España (Barcelona, 5 a 7 de noviembre de 2010), «Propuestas para una justicia en tiempos de crisis», punto 1 (disponible en <https://bit.ly/2MLpctL> [consulta: 24 octubre 2019]), o incluso la alusión a la dación en pago imperativa contenida en el Anexo titulado «Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)», letra j (accesible en <https://bit.ly/2JgoxOD>, [consulta: 24 octubre 2019]), que formaba parte de un informe denominado *Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*, elaborado por un grupo de siete magistrados y que, a pesar de haber sido encargado por el Consejo General del Poder Judicial, finalmente no fue asumido por este, y que se encuentra disponible en <https://bit.ly/35YWDAN> [consulta: 24 octubre 2019]. Por lo que se refiere a las terceras, ha de citarse la propuesta de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (accesible en <https://afectadosporlahipoteca.com/campana-dacion-en-pago/>, [consulta: 24 octubre 2019]), que, a pesar de no haber llegado a buen fin, tiene el mérito de haber colocado en la agenda política la búsqueda de soluciones para suavizar la difícil situación de los deudores hipotecarios en los peores momentos de la crisis. En todas ellas cabe apreciar un elemento común: no se propone admitir (o imponer) la dación en pago forzosa (o cuasi forzosa) con carácter general o indiscriminado, sino en situaciones excepcionales. Puede añadirse, por último, que si se pone el acento en la limitación de la responsabilidad del deudor hipotecario, debe tenerse en cuenta también introducción de un régimen de exoneración del pasivo insatisfecho a favor de los consumidores insolventes mediante el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero y la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. En este ámbito debe citarse el trabajo de CARRASCO PERERA, Ángel, «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, puesto que en su p. 7 afirma que el proceso que la norma articula de cara a lograr el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho —lo que supone, en definitiva, limitar la responsabilidad del obligado— introduce tantos retrasos y costes que «hubiera sido más fácil que en el auto de conclusión “expres” el juez impusiera directamente la dación en pago de los bienes, pues el resultado iba a ser el mismo».

³⁰ Puede citarse aquí la STS 13 enero 2015 (RJ 2015\267), en la que se admite (en abstracto) la aplicabilidad del enriquecimiento sin causa «como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el

2.3. La dación en pago en los contratos de crédito inmobiliario; en particular, de la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en la LCCI

En este ámbito ha de aludirse, en primer lugar, al RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante, RD-Ley 6/2012), en cuyo Anexo (apartado 3) se contiene un Código de Buenas Prácticas (desde ahora, CBP) que obliga a admitir la dación en pago del bien gravado³¹ a aquellos acreedores hipotecarios que se hubieran adherido previamente al citado CBP³². Además, requiere que el obligado hipotecario se encuentre situado en el umbral de exclusión, tal y como este aparece caracterizado en el artículo 3.2 RD-Ley 6/2012³³, y

curso de las relaciones jurídicas», con el fin de «reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada», citando, en este punto, la doctrina contenida en la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014\4660). En lo que aquí interesa ha de destacarse que el TS considera que sería admisible la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa en supuestos en los que, adjudicado el bien al acreedor en el procedimiento hipotecario, y tras el transcurso de un lapso de tiempo muy breve, ese mismo acreedor obtuviera una plusvalía muy relevante, pues tal circunstancia pondría de manifiesto que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor. Este reconocimiento supone, en el fondo, la admisión de una cierta matización del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 CC.

³¹ Que para un sector doctrinal no es un verdadero supuesto de dación en pago, sino, más bien, una novación objetiva legal; es el caso, por ejemplo, de LACRUZ MANTECÓN, Miguel, «La dación en pago», en M^a Teresa Alonso Pérez (dir). *Vivienda y crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 363 y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario», en Klaus Jochen Albiez Dohrmann y M^a Luisa Moreno Torres (dirs), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 990 y 991.

³² En concreto, el art. 5.4 del RD-Ley 6/2012 prevé que «Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas», mientras que el número 7 del mismo precepto establece que «El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito». La STS 9 julio 2019 (RJ 2019\2809) estima el recurso de casación interpuesto por los prestatarios contra la sentencia recurrida e impone a una entidad bancaria que se había adherido voluntariamente al CBP la obligación de aplicar las medidas previstas en el citado Código (en el caso concreto, la reestructuración de la deuda, fase previa a la dación en pago). El Tribunal lo justifica, en concreto, con la siguiente argumentación: «La adhesión voluntaria de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas conlleva su sujeción a este sistema previsto en el anexo del RDL 6/2012, de 9 de marzo. Con ello surge un derecho para los prestatarios que cumplan los requisitos contenidos en el cuerpo de esta Ley, a instar de la entidad de crédito las medidas previstas en el anexo, en concreto, la reestructuración previa a la ejecución hipotecaria y, en su caso, las complementarias (quita) o sustitutivas a la ejecución (dación en pago), en los términos previstos en la norma».

³³ Aunque debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el art. 5.8 del mismo RD-Ley 6/2012 permite a las entidades bancarias adheridas al CBP aplicar sus previsiones también a deudores distintos de los comprendidos en el art. 3.

que la hipoteca sea de las contempladas en el artículo 5.2 de ese mismo RD-Ley 6/2012. También se alude al CBP en la LCCI, en cuya Exposición de Motivos (apartado V) se indica que la Disposición Final 10ª modifica el RD-Ley 6/2012, con el fin de convertir el CBP «en un mecanismo permanente y obligatorio» dirigido a aliviar la situación de los deudores considerados más vulnerables. Si se tiene en cuenta que entre las posibilidades que se confieren al obligado hipotecario en el citado CBP se encuentra, como se acaba de decir, la dación en pago, podría entenderse que con esta caracterización del CBP el legislador ha querido conceder a todo deudor que se encuentre en la situación de exclusión caracterizada por el RD-Ley 6/2012, de forma prácticamente automática, la posibilidad de lograr que se le aplique la dación en pago³⁴, siempre y cuando, eso sí, la entidad prestamista se hubiera adherido al CBP³⁵. Sin embargo, lo cierto es que la D.F. 10ª se limita a dar una nueva redacción al artículo 2 RD-Ley 6/2012, extendiendo la aplicabilidad de las medidas en él previstas a los contratos que pudieran suscribirse tras la entrada en vigor de dicho RD-Ley³⁶, sin modificar, en cambio, el artículo 5 del RD-Ley 6/2012, que es el precepto que ordena cómo ha de hacerse la adhesión al CBP —de forma voluntaria (art. 5.1)— y cuál es su duración —dos años, prorrogable automáticamente por períodos anuales salvo denuncia de la entidad adherida (art. 5.6)—, lo que difícilmente permite considerar que el CBP pueda ser calificado de instrumento permanente, ni tampoco obligatorio. Por tanto, en este punto, el único cambio relevante que introduce la LCCI es su aplicabilidad a los contratos de préstamo hipotecario suscritos después de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2012.

Por lo que se refiere, en concreto, a la dación en pago en el marco de la LCCI, aunque en ella no se encuentra una regulación completa de este subrogado del cumplimiento, en dos de sus preceptos sí que menciona la opción del deudor de poder dar en pago el

³⁴ Si bien ha de matizarse esta afirmación ya que, tal y como se establece en el apartado 3.e) CBP, la dación en pago «no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores».

³⁵ Se explica así que se haya afirmado que esta dación en pago es obligatoria o forzosa para el acreedor adherido al CBP (SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, febrero 2017, p. 332). Para la citada autora, además, con esta dación obligatoria «se obtendría un resultado idéntico al perseguido con el pacto de concreción de responsabilidad del art. 140 LH, ya que se limitaría la responsabilidad y la deuda a los bienes hipotecados ejecutados, con efecto extintivo del crédito».

³⁶ Ya que, tras la modificación operada por la LCCI, dispone lo siguiente: «Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.

Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario».

bien hipotecado, y en ellos centraremos nuestra atención. Tenemos, por un lado, el artículo 6.1.h), relativo a la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios; por otro, el artículo 9.ñ), regla que se ocupa de la información general que deben proporcionar los prestamistas, los intermediarios de crédito vinculados o sus representantes acerca de los contratos de crédito. En ambos supuestos, de idéntica redacción, la posibilidad de poder dar en pago la cosa sujeta por la garantía está configurada, parece, como una facultad conferida al deudor («la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo»³⁷), que se insertará en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria «cuando proceda», según expresan ambos preceptos, lo que lleva a preguntarnos cuáles serían esos supuestos en los que procederá la inserción de tal posibilidad. Probablemente la respuesta más razonable consista en entender que únicamente se hará constar que existe esta posibilidad para los casos contemplados en el CBP (o cualquier otro establecido por la ley), pues difícilmente una entidad financiera incluiría en la publicidad o en la información general que proporciona a los prestatarios la posibilidad de dar en pago el inmueble hipotecado que fuera exigible por cualquier deudor con independencia de su situación³⁸. Nótese, además, que hay quien ha señalado que quizás al incluir este inciso el legislador estaba pensando en la limitación de la responsabilidad hipotecaria del art. 140 LH³⁹.

Sin embargo, nada impediría, al menos en hipótesis, que los prestamistas incluyeran, ya en la publicidad, ya en la información contractual, que ofrecen esta posibilidad al deudor hipotecario (a salvo, siempre, de la necesidad de respetar los intereses de terceros que pudieran verse afectados por la dación, aspecto sobre el que se volverá *infra*). Es más, si se tiene en cuenta la naturaleza imperativa de algunas de las cláusulas más relevantes del contrato de crédito hipotecario —en concreto, la de vencimiento anticipado y la de intereses moratorios—, este podría ser un elemento diferenciador de

³⁷ Que parece responder, al menos en parte, a la previsión contenida en el art. 28.4 DCCI, precepto en el que se permite a las partes del contrato de préstamo inmobiliario acordar que la transferencia de la garantía o de los ingresos derivados de su venta basten para reembolsar el préstamo. Lo que no precisa la norma comunitaria es el concreto contenido de la cláusula, ni contempla, tampoco, un aspecto que se antoja esencial para calificar o no su admisibilidad en nuestro ordenamiento, que es el relativo a quién se atribuye la facultad de decidir cómo cumplir la prestación, cuestión de la que nos ocuparemos al analizar aquel precepto.

³⁸ De conformidad con lo establecido en el art. 61 TRLCU.

³⁹ Lo indica, por ejemplo, CABANAS TREJO, Ricardo, «Algunos problemas de la ejecución de la hipoteca en la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista 85 (mayo-junio 2019), disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/9387-algunos-problemas-de-ejecucion-de-la-hipoteca-en-la-nueva-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-1> [consulta: 3 marzo 2020].

las ofertas efectuadas por las entidades prestamistas. De admitirse esta segunda explicación, la inclusión de una estipulación de este tenor en el negocio no podría calificarse como dación en pago. Se trataría, en cambio, de una obligación facultativa o con facultad alternativa. Para ello deberá configurarse de tal modo que la prestación debida por el obligado hipotecario consista en el reembolso del crédito, si bien este quedaría autorizado, mediante la facultad admitida por el prestamista y reflejada en el contrato de crédito inmobiliario, a liberarse con la realización de una prestación distinta y sin necesidad de una nueva intervención del acreedor⁴⁰. Dicha posibilidad encaja perfectamente con la caracterización de la facultad solutoria del obligado como «un beneficio del deudor que determina la posibilidad de liberarse entregando un *aliud* respecto de la obligación estipulada»⁴¹. Por lo tanto, no habría *datio in solutum* en su versión consensual, al no ser preciso el (nuevo) consentimiento del prestamista; tampoco nos hallaríamos ante una dación forzosa o necesaria, dado que la inclusión del pacto que faculta al deudor para elegir el modo de cumplimiento —la prestación liberatoria— es fruto del acuerdo previo de las partes⁴². Por lo tanto, la entrega de la cosa con eficacia extintiva de la obligación no será resultado ni de un acuerdo *ex post* de las partes, ni de un deber impuesto por la ley o por la autoridad judicial (supuesto regulado en el artículo 495-II Fuero nuevo) o administrativa (posibilidad que reconoce el artículo 333-10.2 CConsCat). Esta opción tampoco podría calificarse de pacto

⁴⁰ En este sentido, STS 28 febrero 1961 (RJ 1961\915). Ya en la STS 23 enero 1957 (RJ 1957\1527) se había afirmado que «la obligación facultativa... tiene como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto». También, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El objeto de la obligación», *cit.*, p. 84.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos, cit.*, p. 313.

⁴² Es de interés hacer notar que, según DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, op. cit.*, p. 312, puede encontrarse un ejemplo de obligación con facultad alternativa en el primer inciso del art. 1.153 CC, que permite al obligado liberarse de su obligación mediante la realización de una prestación distinta si expresamente le hubiese sido reservado ese derecho. Las similitudes con el caso de nuestro interés son evidentes, ya que el deudor podrá liberarse de la obligación de restituir el préstamo entregando la cosa o su precio (prestación distinta a la devolución de la suma de dinero) siempre que hubiera incluido en el contrato de crédito inmobiliario la cláusula que aparece admitida en el art. 28.4 DCCI. Resulta también enormemente significativa —puesto que acerca el fundamento de esta cláusula a la de la dación en pago—, la observación de PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El objeto de la obligación. Clases de obligaciones», en Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, p. 85, según la cual la admisibilidad de la obligación facultativa puede apoyarse en un pacto modificativo del art. 1.166 CC (en este sentido, STS 28 febrero 1961 [RJ 1961\915]), norma de naturaleza dispositiva que también ha sido esgrimida para configurar la dación en pago. Sin embargo, mientras que cuando la obligación es facultativa no es precisa una nueva intervención del acreedor para que el deudor quede liberado mediante la realización de una prestación distinta a la pactada inicialmente, en la dación en pago que se ha denominado consensual (véase, en este sentido, apartado 2 de este trabajo), se requiere un acuerdo entre acreedor y deudor o, al menos, la constancia del consentimiento del acreedor, tal y como apunta el TS, entre otras, en sus sentencias de 4 octubre 1989 (RJ 1989\6881); 29 abril 1991 (RJ 1991\3106) y 2 diciembre 1994 (RJ 1994\9393).

comisorio, prohibido por el artículo 1.859 del Código civil⁴³, ya que de la letra de los preceptos examinados no cabe inferir que se conceda al acreedor la posibilidad de apropiarse de la cosa. Permite sostener, en cambio, que la facultad de entregar el bien se atribuye al obligado hipotecario, que será, por tanto, quien imponga al acreedor la prestación que finalmente dé lugar a la extinción del préstamo, por lo que no se puede afirmar aquí ni que este pacto haya condicionado la concesión del crédito al deudor, ni tampoco que haya coartado su libertad para contratar⁴⁴. Además, y frente a lo señalado en la doctrina, podría afirmarse que, de cara a calificar esta opción del prestatario y de decidir si es o no admisible en nuestro ordenamiento jurídico, resulta irrelevante el momento en el que tenga lugar su inclusión en el contrato⁴⁵; la clave nos la proporcionaría, más bien, la titularidad de la facultad de decidir cómo cumplir, aunque debe insistirse en la prácticamente nula probabilidad de que las entidades financieras incluyan una posibilidad de este tipo en los contratos de crédito inmobiliario al margen de las contempladas en aplicación del CBP. En cualquier caso, si se contemplara una estipulación de este tipo, podrían darse algunos beneficios para el deudor: por una parte, le permitiría valorar sus posibilidades de cumplir mediante la devolución del préstamo o la entrega de la cosa, sopesando las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y empleando la que le resulte más conveniente; lo lógico sería hacer uso de la facultad de extinguir la obligación mediante la entrega del bien solo en los primeros años de vida del préstamo, pues hacerlo en los momentos finales carece de sentido porque el valor del inmueble será, con toda probabilidad, muy superior al de la cantidad pendiente de devolución, aunque tampoco es descartable que le interesara emplear esta facultad cuando se encuentre ante dificultades insuperables para devolver las cuotas del préstamo en los años finales del contrato,

⁴³ Es lo que puede deducirse de lo señalado por RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 186, quien explica que el pacto comisorio solo se da cuando existe la posibilidad de que el acreedor pueda optar entre reclamar el crédito o darse por pagado apropiándose de la garantía, y no cuando no pueda él optar sino que se vea forzado a quedarse con la cosa, que sería la hipótesis ante la que podríamos encontrarnos si se entendiera que es el deudor el único facultado para elegir entre restituir el préstamo o entregar la cosa hipotecada.

⁴⁴ Aspecto que ha sido aducido por JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, *op. cit.*, pp. 1.171 y 1.172, para fundamentar la prohibición del pacto comisorio.

⁴⁵ Sin embargo, para CORDERO LOBATO, la inclusión de una cláusula con este contenido en el contrato de crédito inmobiliario sí que infringiría el pacto comisorio, salvo que se acordara con posterioridad a la concesión del crédito —si se entiende como una facultad de dación en pago concedida voluntariamente por el acreedor— o bien se concibiera como una facultad de dación en pago a favor del deudor que no excluyera la ejecución hipotecaria en caso de impago (CORDERO LOBATO, Encarna, «Obligaciones de información previa», *cit.*, p. 198). La misma autora se había expresado en una línea parecida con anterioridad en «Vencimiento y ejecución de la hipoteca», *cit.*, p. 1.074, donde afirma que solo está prohibido el pacto comisorio en el que la facultad de apropiación o disposición es concedida antes o en el momento de obtener financiación. Para la autora, la nulidad del pacto proviene de la circunstancia de que dicha estipulación haya sido impuesta al deudor, que la habría aceptado para obtener el préstamo.

ante el temor al incremento de la deuda como consecuencia de los intereses moratorios y los gastos y costas de la ejecución forzosa. Por otra parte, es casi seguro que incentivará al acreedor, en el momento de celebración del contrato de garantía hipotecaria, a tasar el inmueble hipotecado de acuerdo con criterios objetivos y a decidir las cantidades a prestar en función de dicha valoración, evitando de esta manera prácticas de riesgo por parte de la entidad prestamista.

Otra cuestión que cabe plantear en relación con esa posibilidad que se concede al deudor se refiere a sus efectos sobre el *ius distrahendi* que la hipoteca confiere al acreedor hipotecario, pues en el supuesto de que el acreedor admitiera la inclusión de tal opción en el contrato, podría entenderse que quedaría despojado de una de las facultades esenciales de su derecho real de garantía —la de instar la venta del bien gravado, contemplada en el artículo 1.858 del Código civil—, cuya falta determinaría, en opinión de algún autor, que no pudiera considerarse constituida una garantía de naturaleza real⁴⁶. Sin embargo, al amparo del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código civil, y teniendo en cuenta la letra de los arts. 6.1.h) y 9.ñ) LCCI, cabe que la entidad bancaria consienta que el deudor pueda quedar liberado mediante la entrega de la cosa —información que sin duda contemplará en su publicidad cuando la entidad prestamista esté adherida al CBP— dado que nada impide, en teoría, que acreedora y deudora pacten la inclusión de esta opción de dar en pago el inmueble hipotecado a favor de la parte prestataria, dando lugar así, como también se ha dejado apuntado ya, a una obligación facultativa. Y si bien es cierto que la atribución de esta facultad al prestatario en un contrato de crédito inmobiliario desnaturalizaría el derecho de hipoteca, al dejar en manos del obligado hipotecario la decisión en torno al modo de cumplimiento (lo que podría provocar la exclusión del derecho del acreedor a solicitar la ejecución forzosa), no parece contraria a la ley, a la moral ni al orden público⁴⁷. El pacto, que se habrá insertado en el contrato en virtud de

⁴⁶ Y es que el *ius distrahendi* se concibe como «manifestación y consecuencia de la naturaleza real de la garantía, ineludiblemente necesario para que la finalidad de seguridad que desenvuelve no resulte ilusoria», según GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «Comentario al art. 1.858», en Cándido Paz-Ares *et al.* (dirs.), *Comentario del Código civil* (T.II), Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 1.862. En conexión con esta idea puede citarse, también, JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, *op. cit.*, p. 1.172, donde, a propósito de la justificación de la prohibición del pacto comisorio, destaca que la facultad de realizar el valor de la cosa por los cauces establecidos es una de las notas características de los derechos de garantía. También para CORDERO LOBATO, Encarna, parece decisiva la facultad de solicitar la venta judicial del bien sujeto por la garantía en los supuestos de impago; en su caso, para que el pacto contemplado en el art. 6.1.h) LCCI no incurra en la prohibición del pacto comisorio («Obligaciones de información previa», *cit.*, p. 198).

⁴⁷ Sin embargo, JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, *op. cit.*, p. 1.173, sostiene, en relación con la prohibición del pacto comisorio, que los sistemas reglados de ejecución se encuentran protegidos por el orden público, de manera que excluir la posibilidad de ejecución del crédito sería contrario al orden público. Aunque ya se ha dicho que en el supuesto que nos ocupa no cabe hablar de pacto comisorio, es preciso

un acuerdo libremente alcanzado entre las partes, supone una renuncia por parte del acreedor hipotecario a una facultad que le concede el artículo 1.858 del Código civil — o, mejor, deja en manos del sujeto obligado la posibilidad de que el prestamista hipotecario haga uso o no de su derecho a instar la realización del valor del bien hipotecado, puesto que, en previsión de su imposibilidad de reembolsar el préstamo, el deudor estará facultado para decidir la entrega del bien, eludiendo de esta manera la enajenación forzosa del mismo—, posibilidad que en principio se encuentra admitida por el artículo 6.2 del Código civil. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el precepto que se acaba de citar menciona el perjuicio a terceros entre los límites a la renuncia de derechos, y es casi seguro que la entrega de la cosa al acreedor hipotecario con fines solutorios perjudicará a los restantes acreedores del prestatario, quienes verán disminuido el patrimonio contra el que dirigir sus pretensiones⁴⁸. Ha de apuntarse, en cualquier caso, que si esta opción a favor del deudor fuera objeto de calificación positiva por parte del registrador de la propiedad, tendrá acceso al Registro y será cognoscible por cualquier tercero interesado, incluidos los hipotéticos acreedores posteriores. Sin embargo, ya la DGRN (poco antes de la promulgación de la LCCI) había manifestado sus reticencias en este punto, fundamentalmente en orden a tutelar los derechos de titulares de cargas posteriores. En concreto, había llegado a afirmar que no existe un pacto de dación en pago inscribible «que convierta al pacto entre partes en un elemento del derecho inscrito, ni previsiones normativas que articulen el derecho de tales terceros a pagar subrogándose en el lugar del acreedor, o a participar en una subasta con objeto de maximizar el precio de remate obtenido por la finca hipotecada, ni el derecho de los titulares de las cargas posteriores a recibir el sobrante que quede de dicho precio después de pagados el acreedor y los acreedores preferentes, en su caso. Y como corolario de todo ello el principio de purga de las cargas y derechos inscritos y anotados después de la hipoteca no pueda aplicarse a los supuestos de dación en pago»⁴⁹.

analizar la compatibilidad de la exclusión del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario con los derechos de ambas partes contractuales. Si se tiene en cuenta que la prohibición del pacto comisorio se dirige básicamente a evitar los abusos por parte del acreedor y a evitar que este se apropie del bien sujeto por la garantía, podría sostenerse que la concesión al deudor de la facultad de elegir conjura los riesgos apuntados.

⁴⁸ Este aspecto también es puesto de relieve por JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, *op. cit.*, p. 1.172, entre las razones que justifican la prohibición del pacto comisorio.

⁴⁹ RDGRN de 21 de septiembre de 2018 (RJ 2018\4484). En este supuesto, la registradora suspende la cancelación de una serie de cargas posteriores a la inscripción de hipoteca (garantía que había quedado extinguida como consecuencia de una dación en pago aceptada por el prestamista), aun cuando se había acordado en mandamiento judicial. Explica la registradora que al no haberse seguido los trámites del art. 132 LH y concordantes de la LEC, los titulares de tales cargas no tuvieron intervención en el procedimiento, ni se sacaron los bienes a subasta, ni hubo adjudicación determinando si quedó o no sobrante. La DGRN confirma la calificación de la registradora y declara que «la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que garantiza el préstamo saldado mediante la dación en pago

Ha de añadirse, por último, que para evitar las dudas y dificultades que podría suscitar la inclusión de un acuerdo como el recién descrito en un contrato de préstamo inmobiliario, sería conveniente imponerle una serie de requisitos o condicionantes. A raíz de lo hasta aquí expuesto, podría afirmarse que la mejor vía para eludir los inconvenientes que se han ido poniendo de manifiesto consistiría en caracterizar este hipotético acuerdo como pacto marciano, que es aquel que no solo garantiza una valoración objetiva e independiente del inmueble hipotecado, sino que, además, prevé la devolución al deudor de la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda⁵⁰, pacto cuya admisibilidad en nuestro Derecho queda fuera de dudas⁵¹. Y si bien es cierto que de este modo no solo se lograría atender al interés del prestamista, sino, también, el máximo respeto a los derechos de los restantes acreedores, no se evitarán las dificultades que han sido apuntadas en la doctrina cuando tales acreedores fueran titulares de cargas posteriores inscritas⁵², que también se han puesto de manifiesto por la DGRN⁵³.

de la finca hipotecada no encuentra amparo en nuestro vigente Derecho positivo, ni resulta compatible, en ausencia de la conformidad de sus titulares... con el principio de tutela judicial efectiva del derecho de los titulares de tales cargas...».

⁵⁰ Justa estimación de la cosa y entrega al deudor del exceso si el valor de la cosa superara al importe de la deuda pendiente son las notas que caracterizan el pacto marciano; en este punto, *vid.* BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *A.D.C.*, T. XLIII, abril-junio 1990, p. 566.

⁵¹ Cfr., por todos, CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca», *cit.*, pp. 1.074 y 1.075. Además, el pacto marciano ha sido acogido en nuestro Derecho por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, así como por el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil hecho en Ciudad del Cabo en noviembre de 2001 (e incorporado a nuestro ordenamiento tras la adhesión de España en 2013).

⁵² Explica CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca», *cit.*, p. 1.075, que, aunque el pacto marciano es admisible y, por tanto, el acreedor hipotecario puede adjudicarse o enajenar la cosa sujeta por la hipoteca si lo hace por el valor de la tasación efectuada por un tercero imparcial, tales actos de adjudicación o disposición no tendrían efectos frente a los acreedores inscritos con posterioridad, a quienes no se les puede imponer la cancelación de cargas posteriores si no es acordada por el juez. DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, *op. cit.*, p. 820, apunta también este inconveniente, si bien se refiere, con carácter general, a los otros acreedores del deudor que pudieran tener derechos de garantía sobre los mismos bienes, sin limitarse, por tanto, a los acreedores posteriores inscritos. Los problemas se plantean, según el autor recién mencionado, porque no queda asegurada de ningún modo la sujeción al pago de otras deudas de las cantidades restituidas al deudor por el excedente que pudiera existir. A los acreedores privilegiados anteriores, en cambio, no les afectará esa adjudicación o venta del bien porque este se transmitirá con las cargas anteriores que se hallen inscritas en el Registro.

⁵³ En concreto, en la Resolución DGRN de 26 diciembre 2018 (RJ 2018\5995), que resuelve el recurso contra la calificación efectuada por parte de la registradora mercantil y de bienes muebles, que deniega la inscripción de dos pactos contenidos en una escritura de constitución de una hipoteca naval, referidos a la venta extrajudicial notarial y a la venta extrajudicial por las partes garantizadas. En el caso objeto del recurso se había pactado que la ejecución de la hipoteca podía llevarse a cabo mediante la adjudicación del buque al agente por el precio referido en el propio acuerdo o su venta a terceros, señalándose a continuación que «el valor del buque a los efectos de la ejecución de la hipoteca... será su valor de

3. EL ARTÍCULO 28.4 DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE Y SU TRANSPOSICIÓN EN ITALIA

3.1. El artículo 28.4 de la DCCI y la posible infracción del pacto comisorio

Como ya se ha dicho, la dación en pago no aparece contemplada en la DCCI; en cambio, el artículo 28.4 de la Directiva permite que las partes en un contrato de crédito inmobiliario acuerden de manera expresa «que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito», cláusula esta que, aunque es diversa de la dación en pago voluntaria, tal y como esta última figura ha sido explicada más arriba, produce efectos semejantes y presenta una estructura que guarda algunas similitudes con la *datio in solutum*. El principal punto de conexión entre ellas está en que ambas permiten convenir un modo de extinción de la obligación distinto del inicialmente pactado: en lugar de la devolución de las sumas recibidas en concepto de préstamo, el prestatario quedaría liberado mediante la entrega al acreedor de la cosa sujeta por la garantía⁵⁴. En el caso contemplado en el artículo 28.4 DCCI se añade, también, la posibilidad de cumplimiento mediante la entrega del precio obtenido por su venta. En ambos supuestos se podría evitar, por lo tanto, no solo la ejecución judicial del bien hipotecado, sino también, y, sobre todo, se podría matizar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil⁵⁵. Estos resultados se alcanzarían, en el supuesto de la dación en pago, a través de un convenio

mercado al momento de su transmisión. El valor de mercado será determinado por una firma de corredores marítimos... que será independiente, de prestigio e internacionalmente reconocida». La DGRN estima parcialmente el recurso interpuesto por las partes acreedoras frente a la denegación de la inscripción de los pactos y considera que «es válido el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a transmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado asegura al deudor la obtención del valor del bien» que el Centro Directivo considera que será «un precio objetivamente real o razonable». Sin embargo, aunque reputa válido el pacto marciano contenido en la escritura de constitución de la hipoteca naval, no lo considera inscribible al entender que no quedan garantizados de forma adecuada los derechos de terceros (como, por ejemplo, los compradores o acreedores hipotecarios posteriores, en relación con el sobrante del precio que se obtuviera, una vez abonada la deuda garantizada).

⁵⁴ El principal inconveniente al que podría enfrentarse este acuerdo es la posibilidad de incurrir en la prohibición de pacto comisorio, como se explicará enseguida.

⁵⁵ Cuyo carácter universal —aspecto que es el que aquí interesa— presenta importantes excepciones, que se ponen de manifiesto, en particular, en el listado de bienes inembargables que contempla la Ley de Enjuiciamiento civil, como indica CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, s.l., 1989, p. 8, nota 2. Nótese que el mismo autor advierte que el sistema de responsabilidad patrimonial universal instaurado en el 1.911 CC ha sido tachado de «no ser imparcial en la composición de los intereses contrapuestos que se enfrentan, inclinándose en beneficio de los deudores y en detrimento del interés del acreedor» (*op. cit.*, p. 264), muy al contrario de lo que ha sucedido a partir del estallido de la crisis y el auge de las ejecuciones hipotecarias.

entre el acreedor y el deudor que tendrá lugar con posterioridad a la concesión del préstamo (y que al menos en hipótesis se producirá cuando el obligado se encuentre ante graves dificultades para devolver las cuotas del préstamo); en el caso contemplado en el artículo 28.4 de la Directiva, mediante la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una estipulación en virtud de la cual se acuerde que la entrega de la garantía al acreedor baste para satisfacer el crédito. La admisibilidad de una cláusula de este tenor en nuestro ordenamiento podría tropezar con una severa dificultad si se entendiera que vulnera la prohibición del pacto comisorio que se contiene en el artículo 1.859 del Código civil, en el que se establece que «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»⁵⁶. Sin embargo, y como ya se explicó en el apartado anterior a propósito de la posible inserción de una facultad de este tipo en los contratos de crédito inmobiliario regulados por la LCCI, no puede descartarse que el hipotético pacto pudiera ser considerado lícito si la cláusula se articulara de tal manera que generase una obligación con facultad alternativa u obligación facultativa.

En caso de no considerarse fundada la explicación que se acaba de ofrecer, para decidir acerca de la licitud o no de dicho pacto habría de atenderse, al menos, a las consideraciones siguientes: en primer lugar, a la circunstancia de que la iniciativa para la inclusión de dicha cláusula en el contrato partiera del deudor, o, al menos, que la posibilidad de apropiación del bien no viniera impuesta por el acreedor como condición para la concesión del préstamo⁵⁷, puesto que en este último caso queda fuera de dudas que nos hallamos ante un pacto comisorio y, por lo tanto, prohibido por nuestro ordenamiento y nulo *ex* artículo 6.3 del Código civil⁵⁸ por ser contrario al orden

⁵⁶ También se prohíbe para la anticresis, en virtud de lo previsto en el art. 1.884 CC. En cambio, el pacto comisorio se admite en el art. 466 *in fine* del Fuero nuevo, regulador de la fiducia. Este precepto dispone: «Fiducia. Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la ley cuatrocientos setenta. No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada».

⁵⁷ O, en palabras de CARRASCO PERERA, Ángel, luego reiteradas por la mayoría de la doctrina, lo que se prohíbe es «una facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor causalizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación», posibilidad que perjudicaría tanto a propio deudor como a los restantes acreedores («Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987», CCJC nº 15/1987, pp. 4.932 y 4.933).

⁵⁸ Véase JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», R.C.D.I. nº 724, 2011, p. 1.168. Además, CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1.073 y ss., quien sostiene que en nuestro

público⁵⁹. En segundo término, y en íntima conexión con lo que se acaba de señalar, a que quedara garantizado que la entrega de la cosa o del precio con efectos solutorios no se produjera en circunstancias leoninas ni abusivas para el deudor, propósito que se lograría a través de la *marcianización* de la cláusula, esto es, mediante el establecimiento de mecanismos que aseguraran una valoración independiente, objetiva y equitativa de la cosa⁶⁰. Además, dicho pacto también debería prever la obligación de devolver al prestatario, en su caso, el exceso del valor de la cosa (o de su precio) con respecto a la deuda pendiente⁶¹. La concurrencia de tales condiciones evitarían, por un lado, un enriquecimiento injustificado del *accipiens* que recibe el inmueble o su precio y, por otro, el perjuicio de los restantes acreedores del deudor, que son algunas de las principales razones que justifican la prohibición del pacto comisorio⁶² y que, en cambio, han llevado a admitir aquellos pactos que permiten al acreedor apropiarse del bien o disponer del mismo siempre y cuando tales cláusulas no estén causalmente conectadas con la concesión del crédito⁶³.

ordenamiento no se prohíbe cualquier pacto que permita al acreedor apropiarse de la cosa objeto de la garantía sino tan solo los que se imponen como requisitos para conceder financiación, por lo que el único pacto comisorio censurado es aquel que «condiciona la concesión de crédito», que a su juicio es aquel en el que la facultad de apropiación o disposición es concedida antes o en el momento de obtener financiación, que permita una apropiación o disposición de la cosa gravada sin que exista la posibilidad de contrastar cuál es el valor de mercado del bien. También, BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «Comentario al art. 1.859», en Ana Cañizares Laso *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 1ª ed., 2011, p. 1.277.

⁵⁹ Afirman la nulidad del pacto comisorio por infringir preceptos imperativos y de orden público las SSTs de 26 abril 2001 (RJ 2001\2037) y 4 febrero 2020 (RJ 2020\320).

⁶⁰ Así, CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», *cit.*, p. 1.076. Nótese, no obstante, que para esta autora los únicos pactos válidos son los que se producen después de que el deudor obtenga financiación, dado que así se garantiza que no hay apropiación causalmente conectada con la concesión del crédito, pero podría entenderse que nada obsta a que en el momento de concluir el contrato de préstamo garantizado con hipoteca se acuerde la posibilidad de extinguir el crédito mediante la entrega del bien sujeto por la garantía, siempre y cuando se asegure que la inclusión de dicho pacto no es condición para la obtención del préstamo y, además, siempre que este acuerdo asegure que la cosa será adquirida por el acreedor mediante mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo (en este sentido, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 452.

⁶¹ Sobre las notas características del pacto marciano, *vid.* BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *cit.*, p. 566.

⁶² En este sentido, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El arrendamiento financiero», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, *cit.*, p. 554.

⁶³ Admite el pacto marciano en el caso de créditos garantizados con hipoteca CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», *cit.*, p. 1.075, con matices respecto a los acreedores inscritos con posterioridad. Afirma la validez del pacto marciano siempre que el valor del bien se fije mediante mecanismos objetivos y se evite así un enriquecimiento del acreedor a costa del deudor y de sus acreedores MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, *cit.*, p. 452.

Cabe añadir que en la doctrina española hay quien ha señalado que, si se quiere evitar que esta facultad de entregar la cosa hipotecada con efectos liberatorios acordada al tiempo de la concesión del crédito incurra en la prohibición de pacto comisorio, dicha estipulación no debería excluir la ejecución hipotecaria en los casos de impago, si bien con la particularidad de que, en caso de venta forzosa del inmueble, la responsabilidad quedaría limitada al importe obtenido con la enajenación judicial⁶⁴, posibilidad que ya está amparada por el art. 140 de la Ley hipotecaria. Sin embargo, y como se ha sostenido *supra*, quizás la admisibilidad de una cláusula de este tipo dependería, más bien, de que la facultad de decidir el modo de cumplimiento de la obligación (devolución del préstamo o entrega de la cosa o su precio) se confiriera únicamente al deudor —haciendo nacer así una obligación facultativa—, y en ningún caso al acreedor. Con la interpretación propuesta quedaría conjurado el peligro de que el acreedor condicione la concesión del préstamo a la inclusión de una estipulación que le permita apropiarse de la cosa, pues el deudor será el único facultado para cumplir la obligación mediante la entrega al acreedor del bien sujeto por la garantía. De esta manera, no se incurre en la prohibición del pacto comisorio porque el acreedor carece de la posibilidad de elegir entre reclamar la devolución del préstamo o darse por pagado apropiándose de la garantía⁶⁵, y tampoco se trataría de un supuesto de dación en pago, al requerir esta última el acuerdo entre las partes.

3.2. La transposición italiana del artículo 28.4 de la DCCI: el pacto marciano

⁶⁴ Se manifiesta en este sentido CORDERO LOBATO, Encarna, «Obligaciones de información previa», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 198, a propósito de la opción concedida al deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo con carácter liberatorio que se encuentra mencionada en el art. 6 LCCI, que se refiere a la denominada «información básica» que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios. Nótese cómo, también en esta ocasión, se pone de manifiesto la cercanía entre la dación en pago y la obligación facultativa, pues en función de cómo haya sido concebida tal opción o, mejor, de si es necesario o no el asentimiento del acreedor en el momento de la realización de la nueva prestación, nos encontraremos ante una u otra figura, aunque la autora sostiene que en realidad no se trata de una dación en pago, sino de una hipoteca con responsabilidad limitada (*op. cit.*, p. 199).

⁶⁵ Esta explicación concuerda, en parte, con la justificación que da RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, a la admisión del pacto marciano frente a la prohibición del pacto comisorio (*op. cit.*, pp. 25 a 27 y 186); y coincide solo en parte porque, de lo señalado por el autor, resulta que cuando el pacto utilizado es el marciano —que es el admitido— el acreedor se ve forzado a quedarse con la garantía, pero no queda claro que el deudor sea titular de una facultad de elegir cómo cumplir (si puede hacerlo en la forma inicialmente pactada o mediante la entrega de la garantía). Parece, más bien, que el deudor que ha consentido el pacto marciano tampoco puede elegir; se trataría de un vendedor sometido a condición suspensiva (impago del precio en un determinado plazo), por lo que, cumplida la condición, la compraventa quedaría perfeccionada y el deudor-vendedor quedaría obligado a la entrega del bien y el acreedor-comprador solo podría exigir la entrega de ese mismo bien (*op. cit.*, p. 27).

Para completar este apartado, se examinará la vía utilizada por el legislador italiano para transponer a ese ordenamiento la regla contenida en el artículo 28.4 DCCI⁶⁶, que no ha sido otra que la inclusión del pacto marciano⁶⁷ en al menos dos preceptos del Texto Único Bancario (en adelante, T.U.B.). De entre ellos destaca la previsión contenida en su artículo 120-*quinquesdecies*, precepto relativo a la financiación a los consumidores garantizada mediante hipoteca⁶⁸. En él se regula un pacto que permite al banco acordar con el consumidor-prestatario, en los casos en los que se verifique el impago de al menos 18 mensualidades del préstamo, bien la adquisición de la propiedad del inmueble residencial sujeto por la hipoteca, bien el reconocimiento del poder del banco de vender el inmueble hipotecado y cobrarse su crédito con la suma recibida, devolviendo al deudor la suma excedente.

Al estar proscrito el pacto comisorio, la jurisprudencia italiana, ampliando el tenor literal de los arts. 1.963 y 2.744 *Codice civile*, se ha venido pronunciando en contra de todos aquellos acuerdos en virtud de los cuales se estipula la transmisión de la propiedad del bien sujeto por la garantía a favor del acreedor en el caso de

⁶⁶ Esta referencia a la solución italiana se justifica porque en Italia, como en nuestro país, el pacto comisorio está prohibido tanto para la hipoteca (art. 2.744 *Codice civile*), como para la prenda (también, art. 2.744) y la anticresis (art. 1.963 del mismo texto legal), por lo que una revisión de los trabajos doctrinales que se ocupan de las normas que transponen el art. 28.4 DCCI —y, en particular, de aquellos que conectan tales preceptos con la prohibición del pacto comisorio y con los límites a la autotutela del acreedor— puede ser útil para nuestro estudio.

⁶⁷ Y que ha merecido una valoración positiva, siquiera porque introduce un mecanismo de reembolso del acreedor más rápido que la ejecución judicial, por parte de ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Crisis? What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits», en Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2017, p. 19.

⁶⁸ En concreto, en el art. 120-*quinquesdecies* (núm. 3), introducido en el T.U.B. por el Decreto legislativo n. 72, de 21 de abril de 2016, se dispone que «*le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo*». Según D'AMICO, Giovanni, «La resistibile ascesa del patto marciano», en *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2017, p. 19, el legislador ha incluido este mecanismo, dirigido a evitar la excesiva duración del proceso ejecutivo inmobiliario, con el propósito de favorecer la concesión de crédito a los consumidores.

En la doctrina italiana se indica que parece encontrarse otro ejemplo de pacto marciano en el art. 48-bis del mismo T.U.B. (incluido en su redacción definitiva por la Ley n. 119, de 30 de junio de 2016), si bien debe precisarse que dicha norma se refiere a la financiación de empresas (no de particulares) garantizada de manera autónoma (esto es, sin constitución de una hipoteca) mediante la transferencia de un bien inmueble (o de otros derechos sobre bienes inmuebles) en caso de incumplimiento del deudor. Para más detalles sobre la naturaleza y el alcance de este último precepto, véase D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

incumplimiento del deudor⁶⁹ ⁷⁰. En cambio, antes incluso de la consagración del pacto marciano en el T.U.B.⁷¹ —que tuvo lugar en 2016—, tanto la *Corte di Cassazione* como la mayoría de la doctrina ya habían afirmado la admisibilidad de la cláusula marciano⁷², que hasta ese momento se había considerado una manifestación de la autonomía

⁶⁹ La conexión entre dación en pago y pacto comisorio ha sido abordada en la doctrina italiana a raíz de la consagración legislativa del pacto marciano. Véase, en este sentido, LUMINOSO, Angelo, «Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotuela ejecutiva», en *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, pp. 10 y ss.

⁷⁰ Proporciona varios ejemplos muy significativos de esta tendencia extensiva de la jurisprudencia PAGLIANTINI, Stefano, «I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE», en *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1, pp. 181 y ss. Así, en la sentencia *Cass.* n. 437/2009, se indica que la prohibición de pacto comisorio incluye cualquier negocio que se utilice por parte del acreedor con el fin de someter al deudor a una «coerción ilícita», por lo que declara la ilicitud de la apropiación de un inmueble anticrético a pesar del carácter congruente del precio previsto para la transmisión. También la sentencia *Cass.* n. 5426/2010 considera ilícito el acuerdo en virtud del cual el deudor había otorgado un poder irrevocable para vender, a pesar de que incluía una cláusula que obligaba al acreedor a darse por satisfecho con el precio, pero dentro de los límites de la suma debida, al entender el tribunal que no queda neutralizado el daño para el deudor por el carácter irrevocable de la transmisión. En esta línea, la sentencia *Cass.* n. 5740/2011, afirma que el deudor se despoja de la posibilidad de «evitar la pérdida del bien constituido en garantía» y que el hecho de que se hubiera acordado la venta del inmueble al precio de mercado, con la entrega al deudor de la parte que excediera del importe del crédito, no anula la desnaturalización de la causa típica del intercambio, deformada por el acreedor para obtener «una garantía real, directa, autónoma y atípica sobre el bien del deudor». Otra muestra es la proporcionada por la sentencia *Cass.* n. 8957/2014, que insiste en que la letra del art. 2.744 *Codice civile* cubre (prohibiéndola) cualquier transmisión vinculada a una función de garantía, con independencia del momento en el que se perfeccione la enajenación. A propósito del análisis de esta tendencia jurisprudencial, en la doctrina se ha afirmado la nulidad de lo que denominan pacto comisorio autónomo, pacto comisorio obligatorio y pacto comisorio inmediatamente traslativo condicionado al incumplimiento del deudor (LUMINOSO, Angelo, «Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotuela ejecutiva», *cit.*, pp. 10 y ss.); o, como afirma CHIANALE, Angelo, «Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano», *Rivista del notariato*, 2016, p. 1, se ha venido entendiendo que la prohibición del pacto comisorio alcanza a cualquier acuerdo, negocio o conjunto de negocios vinculados destinados a lograr el resultado prohibido. Puede encontrarse un ilustrativo resumen de la extensión jurisprudencial del pacto comisorio y de las iniciativas doctrinales que han intentado suavizarla en DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, «Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana», *cit.*, pp. 808 y 809.

⁷¹ Esta tipificación legislativa en distintas normas, no homogéneas entre ellas, plantea, entre otros problemas, tal y como señala D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, p. 5, el de verificar si es posible hablar de una regulación legislativa unitaria del pacto marciano o si debería aludirse, más bien, a una pluralidad de pactos maricianos o, quizás mejor, a una pluralidad de mecanismos de tipo marciano. BARGELLI, Elena y DONADIO, Giulia, «The Impact of Directive 2014/17/EU in Italy», en Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, *cit.*, pp. 323 y 324, indican que antes de la transposición de la DCCI, el pacto marciano ya había sido objeto de regulación y citan como ejemplo el art 11 *quaterdecies-12*, del Decreto legislativo 203/2003, precepto que, tras su modificación operada por la Ley n. 44, de 2 de abril de 2015, introduce un pacto marciano para las hipotecas inversas (y que es analizado, entre otros, por D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 20 y ss).

⁷² Por todos, *vid.* BUSSANI, Mauro, *Il problema del patto commissorio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 260, 268 y 269.

privada, sujeta al control de *meritevolezza*⁷³ y de licitud por parte de la jurisprudencia, llamada a pronunciarse sobre la idoneidad de una enajenación en garantía a la que se incorporan las cautelas que caracterizan al pacto marciano. Para los tribunales, la transmisión *marcianizada* del bien inmueble no incurría en la prohibición del pacto comisorio⁷⁴. Resulta de especial relevancia en este punto la sentencia de la *Cassazione* n.1625, de 28 de enero de 2015, en la que, a propósito de un litigio en materia de lease-back, se examinan los diversos tipos de cláusulas que permiten al acreedor solicitar la transferencia del bien en pago de la deuda sin incurrir en la prohibición del pacto comisorio; además, se ofrece un concepto del pacto marciano⁷⁵ y se afirma su carácter idóneo para neutralizar los posibles inconvenientes —en especial, el relativo al equilibrio sinalagmático⁷⁶— que se aducen para justificar la prohibición de las

⁷³ Se ha mantenido el término, acuñado en la doctrina y en la jurisprudencia italianas, para aludir al control del interés merecedor de tutela de los contratos atípicos, regulado por el art. 1.322-II *Codice civile* en los siguientes términos: «*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». Recientemente se ha explicado que este control consiste en una valoración efectiva de la oportunidad jurídico-social de las nuevas figuras contractuales, en relación con los concretos intereses que se han tomado en consideración por esos nuevos negocios jurídicos. En definitiva, este control se situaría en la base de un juicio autónomo de la utilidad efectiva del negocio para las partes que lo han contraído, valoración que será efectuada por el juez sobre la base de un complejo equilibrio de todos los intereses en juego (D'ADAMO, Daniela, «La rivalutazione del concetto di meritevolezza contrattuale nella tutela del contraente debole», en *diritto.it*, accesible en <https://www.diritto.it/la-rivalutazione-del-concetto-meritevolezza-contrattuale-nella-tutela-del-contraente-debole/> [consulta: 3 enero 2020]).

⁷⁴ D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 3 y 4, que explica que la propia consideración del pacto marciano como figura distinta del pacto comisorio presupone que este último pacto o, mejor, las razones de su prohibición, se encuentran en los dos datos siguientes: por un lado, en la suposición de que existe un abuso por parte del acreedor, que se aprovecharía de la situación de debilidad del deudor, quien consiente la transferencia (bajo condición suspensiva o resolutoria, da igual) de su derecho en el supuesto de incumplimiento de la obligación; por otro, en la idea de que la estipulación comisorio pueda dañar no solo al deudor sino también a los restantes acreedores, sustrayendo una parte del valor del bien a su poder de realización. Reiteran los mismos argumentos en contra de la admisión del pacto comisorio BARGELLI, Elena y DONADIO, Giulia, *ibidem*. Por su parte, CAMPOLATTARO, Simone, «Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità», *Rivista del Notariato*, fasc. 3, 2017, pp. 591 y ss., añade a los anteriores que admitir el pacto comisorio significaría dar entrada a una «realización coactiva de la pretensión crediticia», si bien sostiene, con apoyo en convincentes argumentos, que la principal preocupación del legislador no consiste tanto en excluir las formas privadas de ejecución del crédito sino, más bien, en evitar los posibles abusos del acreedor que la doctrina tradicional anuda al pacto comisorio.

⁷⁵ En concreto, en su apartado 2.5 se define el pacto marciano como la «cláusula contractual con la que se trata de impedir que el concedente, en caso de incumplimiento, se apropie de un valor superior al importe de su crédito y se acuerda que, en el momento de extinción de la relación, se proceda a tasar el bien y se imponga al acreedor el deber de abonar al vendedor la cuantía que exceda del importe de la deuda» (traducción propia).

⁷⁶ También en este punto es muy significativo el mismo apartado 2.5 de la sentencia de la *Cassazione* n.1625, de 28 de enero de 2015, cuando afirma que «la cautela marciana logra superar la posible ilicitud del lease-back, ya que prevé que, a la extinción de la relación, se valore el bien objeto de la garantía como presupuesto para la consolidación del efecto traslativo inicial, eventualidad que se verificará

enajenaciones comisorias (con finalidad de garantía)⁷⁷, haciendo especial hincapié en la importancia de la tasación del bien en el momento del incumplimiento⁷⁸.

Y aunque la tipificación legal del pacto marciano —que no solo se contiene en los artículos 120-*quinguedecies* y 48-bis T.U.B. sino que se encuentra, también, en la normativa reguladora de la hipoteca inversa⁷⁹— ha sido bien recibida, con carácter

siempre que el valor del bien sea equiparable al importe del crédito no restituido, mientras que, cuando dicho importe sea inferior, se cuantificará la diferencia y se pagará al deudor un plus, como condición para la consolidación de la enajenación con función de garantía. La tasación imparcial del bien por un tercero, junto con la obligación, por parte del acreedor, de restituir el excedente al deudor, asumen, pues, la tarea de excluir el abuso y logran, con ello, la operatividad de la prohibición del pacto comisorio y su consiguiente ilicitud». Más adelante añade que «el fundamento del efecto salvador se encuentra, por un lado, en la idoneidad de la cláusula para restablecer el equilibrio sinalagmático entre las prestaciones del contrato de lease-back (requisito que ha sido infravalorado por quien considera que el art. 2.744 *Codice civile* no exige ninguna desproporción de los valores, debiéndose reafirmar, en cambio, que el ordenamiento presume que existe dicha desproporción en el mecanismo prohibido) y, por otro lado, en su capacidad de conjurar la posibilidad de que la realización coactiva del crédito tenga lugar sin ningún control de los valores patrimoniales que están en juego» (de nuevo, traducción propia).

⁷⁷ D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 1 y 2. También destaca la importancia de esta sentencia CHIANALE, Angelo, *op. cit.*, pp. 2 y 7, quien subraya que el intérprete está llamado a jugar un papel esencial ante la incapacidad del legislador para dar respuesta a las necesidades sociales, poniendo como ejemplo esta sentencia de la *Cassazione*, a la que se debe, en su opinión, el desarrollo de la enajenación en garantía con correctivo marciano.

⁷⁸ Una vez más, es conveniente transcribir un pasaje del punto 2.5 de la sentencia de la *Cassazione* n.1625, de 28 de enero de 2015, en el que se señala que «para que la denominada cláusula marcial logre producir el efecto legitimador del contrato de lease-back es necesario que aquella prevea, para el caso y el momento del incumplimiento, que es cuando se ejecutará de manera coactiva la pretensión del acreedor, un procedimiento dirigido a la tasación del bien, en un plazo cierto y con modalidades definidas, que aseguren una valoración imparcial, anclada en parámetros objetivos automáticos, o bien confiada a una persona independiente y experta que hará referencia a dichos parámetros (cfr. art. 1.349 *Codice civile*), con el fin de llevar a cabo una correcta determinación del *an* y del *quantum* de la eventual diferencia que debe abonarse al usuario». Y concluye, por fin, afirmando que «lo esencial es que resulte, de la estructura del pacto, que las partes han previsto por anticipado que, en la esencia de la operación económica, el deudor perderá eventualmente la propiedad de su bien por un precio justo, determinado en el momento del incumplimiento, dado que el exceso le será restituido» (traducción propia).

⁷⁹ Parece que, para MARCHETTI, Giovanna, *op. cit.*, p. XVIII, los acuerdos regulados en el art. 120-*quinguedecies* T.U.B. y en la hipoteca inversa no suponen verdaderos pactos marciales; la autora afirma, en concreto que estas disposiciones, que se caracterizan por concentrar la responsabilidad patrimonial del deudor únicamente sobre el bien hipotecado, permiten al acreedor ejecutar la garantía al margen del proceso ejecutivo siguiendo un *mecanismo similar al pacto marciano*. Más adelante vuelve a aludir a ellos con la denominación de «mecanismos marciales» (*op. cit.*, p. 294) y poco después explica, además, que emplea aquel calificativo y no el de pactos porque no todos ellos son acuerdos o estipulaciones: algunos resultan de la ley, como en el caso de la legitimación del acreedor para vender la cosa hipotecada y quedarse con el precio, tal y como se prevé en el art. 11-*quaterdecies* del decreto legislativo n. 203 del 2005, para las hipotecas inversas (*op. cit.*, p. 318, nota 42). Además, ella misma indica que, aunque el art. 120-*quinguedecies* T.U.B. parece funcionar según el esquema del pacto marciano es, al mismo tiempo, peculiar, ya que da lugar a la completa extinción del crédito incluso cuando el valor del bien hipotecado fuera inferior al de la deuda pendiente de reembolsar (*op. cit.*, p. 326). Probablemente sea este el motivo que la lleva a señalar (en *op. cit.*, p. 343) que el pacto marciano contemplado en este art. 120-*quinguedecies* T.U.B. está configurado «como un acuerdo limitativo de la

general, por la doctrina italiana⁸⁰, algunos de los más insignes especialistas han alertado de los riesgos a los que puede conducir la cristalización normativa de dicho acuerdo. Es el caso de D'Amico, quien, tras destacar dos de las más importantes consecuencias derivadas de la regulación legal del pacto marciano —por un lado, la consagración de la licitud, dadas ciertas condiciones, de la enajenación en garantía⁸¹, y, por otro, la tipificación de los distintos supuestos de hecho del pacto marciano (o de muchos de ellos)—, explica a continuación que, paradójicamente, estas dos consecuencias pueden producir un resultado contrario al que es, a su juicio, el propósito de la norma (que consistiría en revitalizar el mercado crediticio mediante el refuerzo de la tutela del acreedor bancario)⁸². Alega, así, que aunque el reconocimiento legislativo de la admisibilidad de las enajenaciones en garantía elimina el factor de incerteza que afectaba a este tipo de acuerdos y dificultaba su empleo, el hecho de que su regulación se haya llevado a cabo a través de una normativa que en gran medida es inderogable ha generado, al mismo tiempo, una rigidez tal que es susceptible de eliminar el efecto incentivador que debería derivar de su reconocimiento legal, lo que podría provocar, en el futuro, una *fuga* de los pactos maricianos tipificados⁸³.

Por último, y ya que el artículo 120-*quinquedecies* T.U.B. es el precepto que contempla la posibilidad de incluir un pacto o mecanismo marciano en un contrato de crédito inmobiliario celebrado entre una entidad financiadora y un consumidor como resultado de la transposición del artículo 28.4 DCCI —siendo, por tanto, el de mayor interés a nuestros efectos—, conviene dejar constancia de un inconveniente apuntado por la doctrina italiana en relación con este artículo. Como se ha dicho ya, la estipulación

responsabilidad patrimonial que contiene, también, una renuncia anticipada al crédito insatisfecho tras la ejecución de la garantía» (traducción propia).

⁸⁰ BARGELLI, Elena y DONADIO, Giulia, *op. cit.*, p. 329, se muestran muy favorables a la incorporación del pacto marciano a los contratos de crédito inmobiliario en virtud del art. 120-*quinquedecies* T.U.B., destacando en particular su condición de mecanismo más rápido, más efectivo y más simple para lograr la satisfacción del acreedor. También ha recibido positivamente la regulación legal del pacto marciano LUMINOSO, Angelo, *op. cit.*, pp. 10 y ss. Por su parte, CHIANALE, Angelo, *op. cit.*, p. 6, centra sus críticas más en la técnica legislativa empleada que en la tipificación legislativa del pacto marciano; a su juicio, en lugar de introducir el pacto marciano en tres normas distintas, complicadas y aisladas entre sí, hubiera sido mucho mejor seguir el ejemplo de la reforma francesa de las garantías, que ha eliminado del *Code civil* la prohibición del pacto comisorio, estableciendo en cambio su validez si va acompañado del correctivo marciano (arts. 2.348, 2.459 y 2.460 *Code civil*).

⁸¹ Esta es, probablemente, su principal consecuencia, tal y como destaca DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, *op. cit.*, p. 817, quien considera que el legislador italiano ha establecido una estructura que se puede repetir en cualquiera de las posibles fórmulas de financiación y que cabría adoptar como modelo extensible a todos los contratos de crédito; en concreto, afirma que «cada vez que la atribución patrimonial recibida por el acreedor quede objetivamente cuantificada, procediéndose a la devolución del excedente respecto a la cuantía debida, se podría admitir la validez y operatividad de pactos privados en tal sentido».

⁸² D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, p. 4.

⁸³ D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

admitida por la regla analizada concede al acreedor la posibilidad de elegir entre dos alternativas (que ya aparecían contempladas en la Directiva) en el caso de que se produzca un incumplimiento de una cierta relevancia —la norma exige el impago de, al menos, 18 mensualidades del préstamo— por parte del deudor; el precepto en cuestión dispone, en concreto, que la entidad financiadora puede quedarse con el inmueble sujeto por la garantía hipotecaria (cuyo valor habrá sido tasado por un perito independiente) o puede vender dicho bien y cobrarse con el precio obtenido con la venta, quedando obligada a restituir al deudor, cuando se diera el caso, la diferencia entre el valor estimado del inmueble o el precio obtenido con la enajenación y el importe de la deuda pendiente de pago. Precisamente aquí se ha señalado que, si el acreedor hiciera uso de esta segunda alternativa y decidiera vender el bien hipotecado⁸⁴, quizás podría llegarse a una solución que se aleja de la lógica que ha llevado a valorar de forma positiva el pacto marciano; y es que, a diferencia de la primera opción, aquí no se prevé la necesidad de tasar el valor del inmueble antes de la enajenación, lo que podría llevar a pensar que el acreedor está facultado para vender el bien sin ningún tipo de limitaciones o restricciones en cuanto al precio⁸⁵. Sin embargo, el propio artículo 120-*quinquesdecies* T.U.B. dispone que la entidad financiera deberá emplear la máxima diligencia para conseguir el mejor precio con la venta del inmueble, respuesta que, sin embargo, no despeja todos los inconvenientes que hubiera evitado la imposición de unos parámetros objetivos de valoración del bien sujeto por la garantía también en esta segunda hipótesis⁸⁶.

3. CONCLUSIONES

El análisis de los distintos pactos, estipulaciones, acuerdos y cláusulas que consienten la transmisión de la propiedad de la cosa hipotecada al acreedor con efectos liberatorios para el deudor permite concluir que de lo que se trata, en el fondo, es de decidir, por un lado, si cabe que las partes acuerden la sustitución de la ejecución judicial del inmueble por la entrega al acreedor de la cosa sujeta por la garantía (o la autorización para su venta), lo que supone, en definitiva, la necesidad de emitir un juicio sobre el alcance y los límites de la autonomía negocial en esta materia; por otro, si sería admisible una derogación consensual del alcance del artículo 1.911 del Código civil, consecuencia última que deriva de las estipulaciones estudiadas, que limitan la

⁸⁴ Enajenación cuyo régimen jurídico no está contemplado en el citado art. 120-*quinquesdecies* T.U.B., como se ha denunciado en la doctrina (por ejemplo, CAMPOLATTARO, Simone, *op. cit.*, pp. 591 y ss.).

⁸⁵ Y así lo indica D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ Que D'AMICO, Giovanni, *op. cit.*, pp. 20 y 21, resume en la necesidad de acudir a juicio para que se decida dicho valor, lo que probablemente tendrá lugar mediante un informe pericial solicitado por el juez, con el consiguiente retraso e imprevisibilidad en cuanto a los resultados del pleito.

responsabilidad del deudor al objeto hipotecado (o a su precio). En este punto surge el problema del respeto a los derechos de los restantes acreedores, que para algunos se resuelve mediante los mecanismos de conservación del patrimonio de los que dispone el acreedor y no a través de la calificación de la validez o no de los posibles pactos⁸⁷.

Si efectuamos un rápido repaso a las figuras analizadas —dación en pago, pacto comisorio, pacto marciano y referencia a la opción del deudor de poder dar en pago la cosa hipotecada que se contiene en los arts. 6.1.h) y 9.ñ) LCCI— resulta lo siguiente: cuando el pacto consiste en la adopción de un acuerdo en virtud del cual las partes deciden sustituir la entrega de la prestación inicialmente pactada (cuotas del préstamo) por la transferencia de la titularidad del bien hipotecado ante el riesgo de incumplimiento (o la imposibilidad actual de cumplir), nos hallaremos ante una dación en pago consensual, que se encuentra admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia españolas por ser fruto de un acuerdo entre las partes, amparado por el artículo 1.255 del Código civil, aunque con el límite del respeto a los derechos de los restantes acreedores⁸⁸. En cambio, el pacto que permite al acreedor apropiarse del inmueble hipotecado en caso de incumplimiento, acordado en el momento de la conclusión del contrato de crédito inmobiliario y que es aceptado por el deudor con el único propósito de acceder a la financiación, no tiene cabida en nuestro ordenamiento ni siquiera a la luz de la DCCI, pues infringe la prohibición de pacto comisorio establecida en el artículo 1.859 del Código civil, al tratarse de una estipulación causalmente conectada con la obtención del préstamo, que puede redundar tanto en perjuicio del obligado como en el de sus restantes acreedores. Por lo que toca al pacto marciano, la doctrina (tanto española como italiana) es pacífica en torno a su admisibilidad, si bien en el único caso en el que su consagración legislativa es el resultado de la transposición de la DCCI —el contemplado en el artículo 120-*quinquesdecies* T.U.B.—, se echa de menos una regulación más completa y detallada de lo que la doctrina italiana ha denominado *enajenación en garantía*, pues la escasez de las previsiones que se contienen en el citado precepto deja muchos interrogantes abiertos⁸⁹. En cuanto a la opción de poder dar en pago el inmueble hipotecado a la que

⁸⁷ Para MARCHETTI, Giovanna, *op. cit.*, p. 341, la tutela de los acreedores juega en el plano de la eficacia de los actos de disposición del deudor que disminuyen su patrimonio, que se resuelve a través del empleo por el acreedor de la acción revocatoria o de la ejecución forzosa anticipada.

⁸⁸ Recuérdese que, en los casos de dación en pago regulada en el CBP, no cabe acordar esta medida sustitutoria del cumplimiento cuando el inmueble esté gravado con cargas posteriores (apartado 3.e) CBP).

⁸⁹ Lo denuncia, por ejemplo, CHIANALE, Angelo, *op. cit.*, p. 7, para quien, ante la incapacidad del legislador para diseñar un régimen jurídico completo de lo que él denomina *enajenación en garantía con correctivo marciano*, tendrán que ser las partes las que, en el ejercicio de su autonomía negocial, modulen la transmisión de la garantía, construyan las modalidades de valoración del bien, disciplinen la fase

se alude en los arts. 6.1h) y 9.ñ) LCCI, parece razonable entender que, por lo general, se publicitará solo en aquellos casos en los que la entidad prestamista se hubiera adherido al CPB. Sin embargo, si se atiende al carácter imperativo de la mayor parte de las cláusulas decisivas del contrato de préstamo (interés de demora y vencimiento anticipado), no es descartable —a pesar de ser altamente improbable— que la parte acreedora intente distinguirse de las restantes entidades crediticias a través de la inserción de una posibilidad de este tipo en la publicidad e información contractual. La concesión de tal opción a favor del deudor no le generaría inconvenientes, al ser el único facultado para decidir la entrega del bien con efectos solutorios. En cualquier caso, dada la dificultad de que esta propuesta fuera siquiera considerada por las entidades bancarias, y teniendo en cuenta, además, las ventajas que presenta el pacto marciano en comparación con las restantes soluciones examinadas, lo aconsejable sería que el legislador español optara por incluir una cláusula del tipo marciano en la LCCI, precisamente al amparo de lo previsto en el art. 28.4 DCCI.

Por lo tanto, en relación con la compatibilidad con nuestro ordenamiento de las estipulaciones que permiten la entrega de la cosa hipotecada al acreedor con efectos extintivos de la obligación, parece claro que, salvo el pacto comisorio, las tres restantes no plantean inconvenientes, más allá de los referidos a la situación de los otros acreedores. En cuanto a estos, si fueran anteriores y privilegiados (con privilegio inscrito), su situación permanecerá incólume y, por lo tanto, el inmueble continuará gravado; si fueran posteriores, y sus derechos estuvieran inscritos en el Registro de la propiedad, se plantea un doble problema: uno, de naturaleza registral, ya que solo cabría la cancelación de las cargas anotadas o inscritas a su favor si la cancelación de dichos gravámenes se acordara en sede judicial. Otro, de carácter sustantivo, que quizás podría ser resuelto, en los casos de nuestro interés, acudiendo al remedio propuesto con carácter general en la doctrina italiana para los acreedores posteriores, que consiste en el ejercicio de la acción revocatoria⁹⁰, siempre y cuando se dieran sus requisitos. Dado que los diversos pactos examinados permiten la transferencia del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación incluso en supuestos en los que la deuda pendiente de pago es de un importe muy inferior al valor del inmueble, podría tener lugar una disminución del patrimonio afecto a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, en perjuicio de los titulares de créditos posteriores (salvo en los casos de pacto marciano). Posiblemente esta sea la razón que explique que se haya excluido la posibilidad de dación en pago contemplada

ejecutiva (esto es, la venta del bien), o delimiten los poderes y deberes del acreedor (por ejemplo, en presencia de otros acreedores con prelación).

⁹⁰ MARCHETTI, Giovanna, *op. cit.*, p. 341.

en el Anexo del CBP cuando la vivienda estuviera gravada con cargas posteriores (apartado 3.e) CBP).

Cabría concluir, en definitiva, que, de entre las estipulaciones que serían admisibles en nuestro Derecho, la que presenta menos inconvenientes, no solo para las partes del contrato sino, también, para los restantes acreedores es el pacto marciano —o los mecanismos marcianos—. Además de lograr evitar los costes temporales y dinerarios de una ejecución judicial, la tasación objetiva del inmueble en el momento del incumplimiento podría incentivar al acreedor a ajustar el importe de la financiación concedida al valor real del bien hipotecado; al mismo tiempo, la previsión que ordena restituir al deudor la cantidad que supere el importe de la deuda protegerá los intereses de los restantes acreedores, quienes no verán reducido injustificadamente el patrimonio contra el que dirigirse en caso de incumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Crisis?, What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits», en Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2017.

BARGELLI, Elena Y DONADIO, Giulia, «The Impact of Directive 2014/17/EU in Italy», en Miriam Anderson y Esther Arroyo Amayuelas (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 1.157», en Cándido Paz-Ares *et al.* (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, «Comentario al artículo 1.859», en Ana Cañizares Laso *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, T. IV, Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2011.

BUSSANI, Mauro, *Il problema del patto commissorio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *A.D.C.*, T. XLIII, abril-junio 1990.

CABANAS TREJO, Ricardo, «Algunos problemas de la ejecución de la hipoteca en la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista 85 (mayo-junio 2019), disponible en

<http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-85/9387-algunos-problemas-de-ejecucion-de-la-hipoteca-en-la-nueva-ley-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario-1> [consulta: 3 marzo 2020].

CAMPOLATTARO, Simone, «Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità», *Rivista del Notariato*, 2017.

CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, s.l., 1989.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987», *CCJC* nº 15/1987.

CARRASCO PERERA, Ángel, «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/20125: realidad y mito», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Introducción» a *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (dir. Ángel Carrasco Perera), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

CHIANALE, Angelo, «Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano», *Rivista del Notariato*, 2016.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, 2015.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Obligaciones de información previa», en Ángel Carrasco Perera (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

D'ADAMO, Daniela, «La rivalutazione del concetto di meritevolezza contrattuale nella tutela del contraente debole», accesible en <https://www.diritto.it/la-rivalutazione-del-concetto-meritevolezza-contrattuale-nella-tutela-del-contraente-debole/> [consulta: 3 enero 2020].

D'AMICO, Giovanni, «La resistibile ascesa del patto marciano», en *Europa e Diritto Privato*, fasc. 1, 2017.

DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, «Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana», *A.D.C.*, tomo LXXII, 2019, fasc. III.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1993.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario», en K.J. Albiez Dohrmann y M.L. Moreno Torres (dirs), *Los contratos de crédito inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019).

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «Comentario al artículo 1.858», en C. Paz-Ares et al. (dirs.), *Comentario del Código civil (T.II)*, Ministerio de Justicia, 2^a ed., Madrid, 1993.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la ley 493 del Fuero nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 2011, n^o 51.

INFORME *CRISIS ECONÓMICA Y DEUDORES HIPOTECARIOS: ACTUACIONES Y PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO*, Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *R.C.D.I.* n^o 724, 2011.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1^o*, Bosch, 2^a ed., Barcelona, 1985.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel, «La dación en pago», en M.T. Alonso Pérez (dir.), *Vivienda y crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

LUMINOSO, Angelo, «Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotuela esecutiva», en *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

LUPOI, Alberto, «Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)», en *Riv.dir.banc.*, 15, 2016.

MARCHETTI, Giovanna, *La responsabilità patrimonial negoziata*, CEDAM Wolters Kluwer, Milano, 2017.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles», en Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, Thomson Reuters Aranzadi, 3^a ed., Cizur Menor, 2015.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El arrendamiento financiero», en Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, Thomson Reuters Aranzadi, 3^a ed., Cizur Menor, 2015.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», *Indret* 2/2014.

NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº139/2015.

PAGLIANTINI, Stefano, «I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE», en *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El cumplimiento de las obligaciones», en C. Martínez de Aguirre y Aldaz, (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Colex, 4ª ed., Madrid, 2014.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «El objeto de la obligación. Clases de obligaciones», en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Colex, 4ª ed., Madrid, 2014.

PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del Pilar, «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas reformas legislativas», en *Revista de Derecho Patrimonial* 39, 2016.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, febrero 2017.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, «La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria», en M. Espejo Lerdo de Tejada y J.P. Murga Fernández (dirs.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

VIVES MARTÍNEZ, Gemma, «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago», *La Ley*, nº 7908, 24 julio 2012.

Fecha de recepción: 13.01.2020

Fecha de aceptación: 02.03.2020