

Naturaleza jurídica de la dación en pago

CARLOS R. FERNANDEZ RODRIGUEZ

Sumario: § 1. Introducción.—§ 2. Teorías que asimilan la dación en pago a la compraventa: I. Autores que consideran la dación en pago como una compraventa.—II. Tesis de Blumenthal.—III. Crítica de estas teorías.—§ 3. Teorías que consideran la *datio in solutum* como una novación: I. Autores que equiparan por completo la *in solutum datio* a la novación.—II. Autores que sólo en determinados supuestos identifican dación en pago y novación.—III. Crítica de estas teorías.—§ 4. Otras teorías acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*: I. Doctrina que defiende la asimilación de la *datio in solutum* a la modificación objetiva de la relación obligatoria.—II. Teoría que configura la dación en pago como simple modalidad del pago.—III. Doctrina que estima que la *datio in solutum* es una institución compleja.—§ 5. Nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago: I. Cuestión previa: ¿es la dación en pago un contrato real *quoad constitutionem*?—II. Momentos que deben distinguirse en la *datio in solutum*, su significado.

§. I. INTRODUCCIÓN

La *datio in solutum* es un modo de extinción de las obligaciones al igual que lo es el pago o cumplimiento. Pero mientras el pago o cumplimiento supone la realización de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la *in solutum datio* la obligación se extingue al ser ejecutado un *aliud*, una prestación distinta de la que constituye el objeto de la obligación. La realización de una prestación distinta de la debida, es la nota característica de la dación en pago, que permite diferenciar esta institución de otras figuras que pudieran considerarse afines, como la cesión de bienes para pago de deudas (*datio pro solvendo*). En la cesión de bienes para pago de deudas, el deudor cede a su acreedor (o acreedores) un determinado bien, una serie de bienes concretos o la totalidad de sus bienes, con el fin de que el acreedor (o acreedores) proceda a la realización del valor de los bienes cedidos, y haga efectivo su crédito con el importe de la realización ;

dentro de esta amplia noción de la *cessio bonorum* (1) cabe distinguir diversos tipos: convenios judiciales de cesión de bienes para pago de deudas, convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago que pueden llevarse a cabo cuando el activo es superior al pasivo, o cuando el pasivo es superior al activo (cesión de todos los bienes a todos los acreedores, o cesión de determinados bienes a determinados acreedores) (2); un supuesto especial es el de la *cessio pro solvendo* en la que el deudor cede a su acreedor un crédito para que lo cobre y haga efectivo a su vez su propio crédito con el importe de lo cobrado. La cesión de bienes para pago de deudas tiene por objeto preparar el cumplimiento de la obligación, o sea facilitar la realización de la prestación debida; por el contrario, la dación en pago se encamina a la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación diferente de la debida. La *datio in solutum* es un equivalente o sucedáneo del pago o cumplimiento *stricto sensu*, mientras que la *datio pro solvendo* lejos de sustituir al pago de lo debido, constituye precisamente un medio para el cumplimiento de la prestación debida. La dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones distinto del pago, la cesión para pago puede considerarse como un negocio preparatorio del cumplimiento de las obligaciones (3). Por otro lado, en la *datio in solutum* la relación obligatoria se extingue merced a la actividad del deudor (realización del *aliud*); en la *datio pro solvendo*, la actividad del deudor (cesión de bienes) debe ser continuada por la actuación del propio acreedor (realización del valor de los bienes cedidos) para que de este modo se extinga la relación obligatoria. En el primer caso el derecho de crédito es satisfecho por el deudor; en la segunda hipótesis, la realización del crédito se debe a la iniciativa o impulso del deudor, pero en realidad se verifica por obra del acreedor (4). Estas notas distintivas permiten separar la figura objeto de nuestro estudio, de la *cessio bonorum* (5).

El tema de este estudio es la *datio in solutum* voluntaria.

(1) Interesante institución cuyo examen sobrepasaría ampliamente los límites del tema estudiado. Con respecto a la misma pueden verse en el Derecho español, además de las obras generales, los recientes trabajos monográficos de COSSIO: *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas*, RDF, 1953, págs. 1-22, y BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, 1956), págs. 360-363 y 388 y sigs. La *cessio bonorum* ha sido detalladamente estudiada en la doctrina italiana; entre los estudios monográficos más completos y recientes figuran: SALVI: *La cessione dei beni ai creditori* (Milán, 1947); MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*; (Milán, 1953) y SORGIA: *La cessione dei beni ai creditori* (Turín, 1954).

(2) Vid. COSSIO: *Op. cit.*, págs. 7 y sigs.

(3) Cfr. BERTINI: *I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento* (Milán, 1940), págs. 65 y sigs.

(4) Vid. PUGLIATTI: *La «Cessione bonorum» e la realizzazione del diritto di credito*, en *Diritto civile, metodo-teoria-pratica* (Milán, 1951), págs. 587-95.

(5) Podrían señalarse otras características diferenciales como la de que en la cesión para pago no se transmite la propiedad de las cosas cedidas, mien-

No vamos a referirnos a todos los supuestos de extinción de una obligación por ejecución de una prestación diferente de la debida, sino tan sólo a aquellos casos en los que el acreedor y el deudor deciden libremente que la relación obligatoria deberá extinguirse mediante la realización de un *aliud*. Aun cuando en el moderno Derecho español ha desaparecido el beneficio de *datio in solutum* forzosa (6) que la Novela 4.ª capítulo III otorgaba al deudor en determinados supuestos (7), pueden, sin embargo, señalarse algunas hipótesis en las que la obligación se extingue mediante un *aliud* con independencia de un especial acuerdo de acreedor y deudor; ello sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 1.827 C. c., en algunos supuestos de ejecución forzosa, en las hipótesis de *facultas alternativa legal o convencional* (8), etc. Estos casos y otros semejantes que pudieran presentarse, quedan fuera del objeto de nuestra investigación; únicamente analizaremos la naturaleza de la singular situación que surge cuando acreedor y deudor, derogando el principio sentado en el artículo 1.166 C. c. (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), acuerdan que la obligación pendiente deberá extinguirse mediante la realización de una prestación distinta de la debida.

El *aliud*, la nueva prestación a la que acreedor y deudor otorgan efecto extintivo, puede consistir en la transmisión de una cosa, cesión de un derecho, un *facere*, un *non facere*, etc.; cualquier prestación puede ser objeto de la *in solutum datio* con tal que sea distinta de la prestación inicialmente debida. Por ello, la expresión *datio in solutum* (dación en pago) no ha de entenderse en el sentido de negocio cuyo objeto es, de acuerdo con

tras que en la dación en pago tiene lugar la transmisión de la propiedad de la cosa dada *in solutum*; en este sentido se manifiestan, por ejemplo, las sentencias del T. S. de 11 de mayo de 1912 y 9 de diciembre de 1943 en la que se dice que en la cesión para pago «se transmite la posesión a la que va aneja un mandato para proceder a la venta de los bienes que se entregan, en la adjudicación o dación en pago... la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario». Pero esta nota distintiva no tiene carácter general: tan sólo podría aplicarse cuando la nueva prestación convenida (el *aliud*) consista en la entrega de una cosa, no cuando estribe en un *facere* o un *non facere*. Por lo demás, son muy discutidas la naturaleza y efectos de la cesión de bienes para pago: mandato irrevocable, transmisión de la facultad de disponer, teoría de la propiedad fiduciaria, etc. Vid. por todos, COSSIO: *Op. cit.*, págs. 10 y sigs.

(6) Se discute si el beneficio de *insolutumdación* es aplicable en el Derecho foral catalán. PELLA (*Código civil vigente en Cataluña*, tomo IV, Barcelona, s. d., págs. 160-161) y PÉREZ y ALGUER (*Anotaciones al Derecho de obligaciones de ENNECCERUS-LEPMANN*, vol. I, Barcelona, 1947. § 65, pág. 317) defienden la vigencia de la dación en pago forzosa en Cataluña. BORRELL y SOLER (*Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1944, págs. 25-26) cree, por su parte, que el beneficio de *insolutumdación* es incompatible con el procedimiento de apremio establecido en la LEC.

(7) Para un examen de los presupuestos de aplicación de este beneficio vid. POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Verona, 1888, págs. 62 y sigs.

(8) Con respecto a la distinción entre *facultas alternativa* convencional y convenio de *datio in solutum*, vid. *infra* nota 150.

el significado técnico del término *dare* (dar), la transmisión de la propiedad o constitución de un derecho real limitado; antes bien, en la *datio in solutum* la palabra «dar» debe interpretarse en un amplio y desdibujado sentido, que comprende todo género de prestaciones. Sin duda alguna, sería más correcto hablar de prestación en lugar del pago o cumplimiento (al igual que lo hace el moderno Código civil italiano: *Prestazione in luogo dell'adempimento*, artículo 1.197); pero en el presente estudio se ha creído más conveniente utilizar la terminología usual en el Derecho español (*datio in solutum*, dación en pago), la cual, empero, deberá ser entendida en el amplio sentido señalado.

Mediante la dación en pago pueden extinguirse toda suerte de obligaciones, tanto las basadas en relaciones contractuales, como las procedentes de un hecho culposo, fundadas directamente en la Ley, etc. No compartimos la opinión de Wieacker quien niega que la *datio in solutum* encuentre aplicación con respecto a las obligaciones de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho culposo (9). La *datio in solutum* debe, por consiguiente, ser encuadrada en la Parte General de las Obligaciones, la cual conserva todavía, a pesar de los fuertes ataques a que se vió sometida (10), todo su valor e interés desde un punto de vista teórico, práctico y didáctico.

§ 2. TEORÍAS QUE ASIMILAN LA DATIO IN SOLUTUM A LA COMPRAVENTA

1. Ya en la época justinianea, y probablemente antes por influencia griega, la *datio in solutum* se configura como un *contractus* semejante a la *compraventa* (11). Esta doctrina justinianea es recogida por los juristas medievales quienes, repetidamente, asimilan la dación en pago a la compraventa. Así lo hacen Baldo, Cuya-

(9) *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, Leipzig, 1941, pág. 52.

(10) Durante algún tiempo (años 1933 a 1945) la doctrina alemana, basándose en que el Derecho de Obligaciones no constituía un todo unitario por no referirse a una esfera unitaria de la vida, abogó por la supresión de la Parte General de las Obligaciones y por la división del Derecho de Obligaciones en dos tratados independientes: *Vertrag und Unrecht*, que comprendían, respectivamente, las obligaciones contractuales y las obligaciones de indemnizar los daños causados (Cfr. WIEACKER: *Op. cit.*, págs. 50 y sigs.). Con posterioridad se ha vuelto en Alemania al antiguo sistema de la Parte General y de la Parte Especial de las Obligaciones; vid., sin embargo, las observaciones que hace todavía LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil* (München und Berlin, 1953), § 1, págs. 1-3.

(11) Cfr. SOLAZZI: *L'Estinzione dell' obbligazione nel Diritto romano*, tomo I (2.ª edición, Nápoles, 1935), págs. 189-190. También el antiguo Derecho hindú configuraba la dación en pago como una compraventa, según afirma KOHLER: *Indisches Obligationen- und Pfandrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, tomo 3.º (1882), págs. 175-180.

cio y Donelo (12). Este último autor dice con respecto a la *datio in solutum*: *principaliter non contrahitur iure emptio... Sed ut principaliter perveniantur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando necesse est per consequentiam contrahi emptionem...* Su anotador Hiligerio afirma asimismo que *datio in solutum est emptio quae fit brevi manu* (13). La asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa tiene, por tanto, profundas raíces históricas, circunstancia que ha motivado su persistencia en la actual ciencia jurídica. Antes de proseguir el examen de esta doctrina conviene diferenciar dentro de la misma dos direcciones que configuran de distinta manera esta equiparación de *in solutum* dación y compraventa.

1) Un primer grupo de autores equiparan la dación en pago a la compraventa, afirmando que en aquélla la cosa dada en pago viene a ocupar el lugar de la cosa vendida y que el precio está representado por la cantidad debida. Es ésta la tesis preferentemente sustentada por las doctrinas francesa y española. Ya Domat decía que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida» (14). Pothier expuso con gran claridad esta doctrina. La dación en pago, dice, es un acto «muy parecido al contrato de compra y venta. La cosa que se entrega en pago, representa la cosa vendida; y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio» (15). A pesar de esta afirmación, Pothier se cuida de poner en claro las diferencias existentes entre ambas instituciones: 1.ª El contrato de compra y venta es de los consensuales; para la dación en pago es necesaria la tradición. 2.ª Si se vendiese una cosa y se compensase su precio con una cantidad que el vendedor creía erróneamente deber al comprador, tan sólo puede repetirse el precio equivocadamente compensado; si se da una cosa en pago de una cantidad que equivocadamente creía deberse, puede repetirse la cosa misma. 3.ª En la compra y venta no hay obligación de transmitir la propiedad; en la dación en pago es requisito esencial la transmisión de la propiedad. Después de publicado el Código de Napoleón, Troplong (16) y Laurent (17), han también mostrado, siguiendo a Pothier, las analogías y diferencias entre la dación en pago y la compraventa.

Esta postura ha sido mantenida por autores españoles anterior-

(12) Vid. Bussr: *La Formazione dei Dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937, pág. 330.

(13) *De Jure Civili*, Lib. XVI, caps. IX y XIV.

(14) *Las leyes civiles en su orden natural*, traducción de Vilarrubís y Sardá, tomo II (2.ª edición, Barcelona, 1884), pág. 262.

(15) *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción española de una Sociedad de Amigos colaboradores, Barcelona, 1841, págs. 303-306.

(16) *De la vente*, tomo I (5.ª edición, Paris, 1856), págs. 17-19.

(17) *Principes de Droit civil français* (4.ª edición, Paris-Bruselas, 1887), tomo XVII, pág. 545; tomo XXIV, págs. 153-155.

res y posteriores a la promulgación del Código civil. Entre los primeros figuran Escriche (18) y García Goyena (19). Entre los segundos, afirma Sánchez Román que la dación en pago «viene a constituir una enajenación parecida a la compraventa, en la cual dicho crédito (el extinguido) figura como precio» (20). En parecidos términos se expresan Manresa (21) y Valverde (22).

También nuestro Tribunal Supremo ha puesto de relieve, al fijar la naturaleza jurídica de la dación en pago, las analogías existentes entre ésta y el contrato de compraventa. En la primera de las sentencias en que fué abordada esta cuestión, el Tribunal Supremo se limitó a declarar que la dación en pago «importa una verdadera venta» (sentencia de 14 de noviembre 1881). Parecida afirmación se encuentra en la sentencia de 21 de diciembre de 1905: «desde el instante en que se convino esta forma de pago, fué con todos los efectos legales que producen los contratos de venta»; y en la de 11 de mayo de 1912: «la dación en pago, modo éste de extinguir las obligaciones y asimilado en sus efectos generales a la compraventa». La sentencia de 22 de octubre de 1914, en cambio, señala más concretamente las analogías de *datio in solutum* y compraventa, al decir que la «transmisión... en pago..., convenio en que ha existido consentimiento explícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta», doctrina que reitera la sentencia de 9 de enero de 1915 cuando afirma que «el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido, constituye un verdadero contrato de compraventa, sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes, ya que reúne los requisitos todos que para su existencia y validez exige el artículo 1.445 del Código civil». La importante sentencia de 9 de diciembre de 1943 recoge explícitamente la postura objeto de nuestra consideración, aunque, por otra parte, se refiera y hasta cierto punto acoja, como hemos de ver, otras teorías acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago. Declara esta interesante sentencia que «la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, según

(18) Define este autor la dación *in solutum* (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1786, pág. 596) como «un contrato equivalente a una verdadera venta, pues que se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio».

(19) Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III (Madrid, 1852), pág. 387.

(20) *Estudios de Derecho civil*, tomo IV (2.ª edición, Madrid, 1899), pág. 278.

(21) Manresa que, según veremos, incurre en varias contradicciones, manifiesta (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, 1.ª edición, Madrid, 1907, pág. 296) que la dación en pago «es una especie de compraventa en que el importe de la obligación primitiva hace las veces del precio, concurriendo, por tanto, los requisitos esenciales de aquel contrato».

(22) *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4.ª edición, Valladolid, 1937, pág. 174, nota 2.

la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil». Esta orientación aparece también en la sentencia de 7 de enero de 1944 que afirma que la «*cessio pro soluto* o dación en pago, opera como la compraventa, la traslación del dominio por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor». En análogo sentido se muestra asimismo la sentencia de 13 de marzo de 1953, que manifiesta que en «la *cessio in solutum*... por su similitud con la compraventa... el montante del crédito actúa en función de precio como requisito esencial del contrato». Vemos, por tanto, cómo el Tribunal Supremo ha ido aceptando gradualmente la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, hasta llegar a afirmar, como lo hacen los autores franceses y españoles citados, que la dación en pago reúne todos los requisitos del contrato de compraventa, ya que el crédito a satisfacer «adquiere la condición de precio».

2) Otros autores configuran la dación en pago como una compraventa cuyo precio se compensa, por voluntad de acreedor y deudor, con el crédito en pago del cual se realiza el *aliud*. Según indica Schliemann (23), la *datio in solutum* supone una compraventa de la cosa dada *in solutum*; en virtud de esta venta, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero su deuda se compensa con su anterior crédito, de modo tal que sólo subsiste el crédito que tiene por objeto la entrega de la cosa. En idéntico sentido señala Bekker (24) que la dación en pago es equiparable a una compraventa, en la que el que recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito. Para estos autores desaparece, por consiguiente, toda diferencia entre la dación en pago y la compraventa cuyo precio se compensa con el crédito que el comprador tiene frente al vendedor, mientras que Pothier, como hemos visto, diferenciaba claramente ambas hipótesis.

Esta opinión ha sido también mantenida en alguna de las resoluciones de la Dirección General de los Registros. Así, en la resolución de 20 de septiembre de 1933 se afirma que mediante la adjudicación en pago «se realiza una enajenación a título oneroso por precio debido y compensado». Por lo demás, la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros evita toda afirmación tajante en torno a la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* limitándose a indicar que la misma constituye en todo caso una

(23) *Die Haftung des Cedenten (Ein Beitrag zur Lehre von der Cession)*, Rostock, 1848, págs. 48 y sigs.

(24) *Zur Lehre von der Evictionsleistung. Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, tomo 6.º (1893), pág. 241.

enajenación con causa onerosa. En este sentido se manifiestan, entre otras, las resoluciones de 1 de abril de 1899, 31 de mayo de 1909, 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919, 13 de diciembre de 1934 y 7 de febrero de 1941.

II. Dentro de la teoría que venimos examinando, merece especial consideración la postura de Blumenthal (25). Blumenthal se hace cargo de una objeción que a la equiparación de *in solutum datio* y compraventa puede hacerse: estas dos figuras tan sólo pueden asimilarse cuando se entregó una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. A ello contestaban ya los Glosadores diciendo que *in solutum dare* entraña una compraventa, si se entrega una cosa en lugar de dinero; una permuta, si se da una cosa en lugar de otra; y en los restantes casos un contrato innominado (26). También Laurent y Glück se hacen eco, aunque sólo sea parcialmente, de esta objeción al manifestar que la dación en pago se asemeja a veces a una venta, y otras a una permuta (27). Pero es Blumenthal quien, recogiendo esta objeción, lleva a sus últimas consecuencias la tesis de que la dación en pago equivale a un contrato bilateral de naturaleza variable según cual sea el objeto a que se refiere el *aliud*. Este autor, después de indicar que la *in solutum datio* equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa, afirma que si una deuda dineraria se extingue mediante un *factum quod locare solet*, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios; que si la antigua prestación se refería a un *dare* o un *facere* y se realiza *in solutum*, un *factum*, habrá tenido lugar un contrato innominado *facio ut facias*, y que lo mismo sucede si, en este caso, se da *in solutum* un *nomen iuris*. Para salvar la construcción del último supuesto, Blumenthal configura como un *facere* la prestación del acreedor (renuncia a su crédito originario). Realmente, resulta difícil avanzar más de lo que lo hizo Blumenthal, en un proceso disgregador de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

III. Las teorías que acabamos de exponer no resisten el más somero examen crítico que de ellas se haga, y no aciertan, por tanto, a resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago. A continuación expondremos las principales objeciones que pueden oponerse a estas teorías y que muestran su inutilidad para fijar la naturaleza jurídica de la institución que estamos estudiando.

1) El primer reproche que puede hacerse a la doctrina que asimila la *datio in solutum* a la compraventa, es el de que es una

(25) En su obra *Pauca de datione in solutum*, *Dissert. Iur.*, Gottingae, 1830, II a VII. La cita se hace a través de RÖMER: *Die Leistung am Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht* (Tübingen, 1886), págs. 12 y sigs.

(26) Cf. RÖMER: *Op. cit.*, pág. 4.

(27) LAURENT: *Loc. cit.*; GLÜCK: *Commentar oder Erläuterung der Pandekten*, tomo XX, Erlangen, 1819, pág. 190.

teoría incompleta en un doble sentido. En primer lugar, esta tesis, tal como ha sido expuesta por la mayoría de los autores, no determina de modo inequívoco cuál sea la naturaleza jurídica de la dación en pago, ya que tan sólo habla de cierta semejanza entre la *in solutum datio* y la compraventa. Pothier, como vimos, señalaba diferencias entre ambas figuras, mostrando, de este modo, que la identificación de ambas no es total; las mismas vacilaciones se observan en los restantes autores que equiparan compraventa y dación en pago. Al no resolver el problema que se había planteado, esta doctrina se destruye a sí misma y pone claramente de manifiesto su esterilidad.

Además, la asimilación de dación en pago y compraventa, aun siendo convincente, no comprendería todos los supuestos de aquélla, ya que tan sólo podría aplicarse cuando la *res debita* consistiese en dinero y el *aliud* en una cosa o viceversa. Sin embargo, la *in solutum datio* tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación. Cierto es que algunos de los partidarios de esta teoría (Laurent y Glück parcialmente, Blumenthal con más amplitud) se hicieron eco de esta objeción y se opusieron a ella. Pero también es cierto que estos autores al impugnar esta objeción, negaban la autonomía de la dación en pago haciendo depender su naturaleza jurídica de la que tengan el *aliud* y el *debitum* originario (28), y de este modo eliminaban esta figura embebiéndola, según los casos, en una compraventa, una permuta, un arrendamiento de servicios o un contrato innominado. Es éste un proceder absurdo que no satisface las más pequeñas exigencias científicas.

2) Las teorías que venimos examinando críticamente han acudido a una ficción al fundamentar la asimilación de *datio in solutum* y compraventa. La primera de las direcciones señaladas afirma, dejando a un lado las diferencias de detalle, que en la dación en pago se encuentran los elementos esenciales de en toda compraventa: la cosa y el precio. La cosa, dicen estos autores, es el *aliud* y el precio está representado por el crédito que se extingue. Sin embargo, salta a la vista que este precio no reúne los requisitos que exige el artículo 1.445 C. c. («dinero o signo que lo represente») y es, por tanto, un precio supuesto, imaginario, ya que el crédito a extinguir, aun en el caso de ser dinerario, no es dinero ni signo que lo represente. Vemos, pues, cómo estos autores para equiparar la dación en pago a la compraventa acuden a la ficción de que el crédito a extinguir hace las veces o representa el papel de precio de una compraventa. La finalidad que se persigue con esta supuesta asimilación de *datio in solutum* y compraventa, es principal-

(28) Vid. JEANIS-NALTET: *La dation en payement en droit français et anglais comparés*, París, 1934, pág. 40.

mente aplicar a quélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos establecida para la compraventa. Para alcanzar esta finalidad no es necesario acudir a una ficción; basta tener presente que el saneamiento por evicción es aplicable siempre que se enajene una cosa a título oneroso. De haber tenido en cuenta este principio, la doctrina no se hubiese visto obligada a recurrir al expediente constructivo de la ficción, cuya utilización por la ciencia jurídica debe excluirse en todo caso (29).

También la segunda de las direcciones apuntadas dentro de la teoría que asimila la dación en pago a la compraventa, recurre a la ficción como expediente constructivo al hablar de compraventa seguida de compensación del precio con el *debitum* originario. Esta compensación del precio con el primitivo crédito podría ser una compensación legal o una compensación convencional. Para que se verifique la primera, aun admitiendo que se realiza *ipso iure* (30), es necesario en todo caso que se den los requisitos señalados en el artículo 1.196 C. c. Ahora bien, ¿puede afirmarse que el *debitum* y el precio sean deudas de la misma especie y cantidad y, por tanto, compensables en su totalidad? La respuesta, al menos en relación con la *datio in solutum* en general, tiene que ser forzosamente negativa. Por consiguiente, sólo cabría hablar de una compensación convencional. Pero para admitir ésta, es necesario investigar la voluntad de las partes a fin de comprobar si realmente han querido vender una cosa y luego, con independencia de los requisitos consignados en el artículo 1.196 C. c., han compensado el precio con el crédito que el comprador tenía frente al vendedor. No obstante, estos supuestos no lo son propiamente de dación en pago, como en seguida vamos a ver, y fuera de los mismos el hablar de compensación supone una ficción constructiva que ha de recusarse.

3) Resulta imposible asimilar la dación en pago a la compraventa, debido a las diferentes finalidades que persiguen las partes mediante una y otra. Reiteradamente ha puesto de relieve la doctrina la diferente función que desempeñan la compraventa y la *datio in solutum*. El propio Manresa defensor de la identificación de dación en pago y compraventa, nos dice que «por la dación y adjudicación en pago se extinguen obligaciones y por la compra y venta se crean desde que el contrato se perfecciona entre comprador y vendedor: que la causa, respecto de cada una de las

(29) La ficción que constituye un necesario y útil instrumento de la técnica jurídica no puede ser nunca empleada con fines dogmáticos o de construcción jurídica. Cf. las acertadas afirmaciones que en este sentido hace ESSER: *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (Frankfurt, 1940), págs. 90, 98 y 200-201.

(30) Sobre este punto vid. *La compensación y su efecto*, conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Barcelona por GONZÁLEZ PALOMINO que, como es sabido, afirma que la denominada «compensación legal» no produce sus efectos automáticamente, sino tan sólo mediante la actuación de una de las partes. Véanse especialmente las págs. 89 y sigs. de la edición separada.

partes, es también distinta...» (31). En análogo sentido se muestra Bonet Ramón cuando habla del «diferente espíritu que informa a dichas operaciones. Mientras con la permuta y la compraventa se persigue una especulación, con la dación en pago se espera una liquidación» (32). También Berndorff, en la doctrina alemana, pone de relieve que las partes, al celebrar la *datio in solutum*, pretenden extinguir una obligación mediante una prestación distinta de la debida, mientras que al concluir una compraventa la intención de las partes se encamina al intercambio de bienes (33).

Puede, pues, afirmarse que la dación en pago y la compraventa no se identifican, debido a que tienen una diversa función económico-social, «causa» en el sentido de Betti (34), que las tipifica como figuras jurídicas independientes y distintas. Las partes, al celebrar la dación en pago, quieren extinguir una relación obligatoria entre ellas pendiente, y es a la luz de esta finalidad como deben resolverse todos los problemas y conflictos que surjan. Mediante la compraventa los contratantes quieren realizar un intercambio de elementos patrimoniales (cosa y dinero) y obtener una ganancia (en sentido amplio): el vendedor prefiere el dinero a la cosa vendida, el comprador antepone la cosa al dinero (35). Esta diferencia sustancial impide la asimilación de ambas instituciones (36).

Es posible que las partes concluyan una compraventa y compran el precio con un crédito que el comprador tiene frente al vendedor. En este supuesto, los contratantes aprovechan la celebración de la compraventa para extinguir, por compensación con el precio, una deuda entre ellos pendiente, pero no realizan una dación en pago. Compraventa seguida de compensación de precio con crédito y *datio in solutum* son dos figuras distintas: la una es un negocio de cambio, mediante el que, como finalidad accesoria, se extingue una obligación; la otra es un negocio extintivo de una relación obligatoria. (37). Como consecuencia, ambas operaciones jurídicas producen efectos diversos, especialmente por lo

(31) *Comentarios al Código civil español*, tomo X (1.ª edición), págs. 16-17.

(32) *Comentario a la sentencia de 9 de diciembre de 1943*, RDP, 1944, pág. 149.

(33) *Die Annahme an Erfüllungsstatt*, Berlin, 1904, pág. 27. DERNBURG (*System des Römischen Rechts*, 8.ª edición, § 315, nota 2.ª) afirma que la dación en pago tendrá lugar tan sólo cuando resulte clara la intención de las partes de extinguir una obligación. Vid. también JEANNIN-NALTET: *Op. cit.*, página 38.

(34) *Teoría general del negocio jurídico* (traducción española de A. MARTÍN, Madrid, s. d.), págs. 141-145, entre otras.

(35) Vid. BERNDORFF: loc. últimamente citado.

(36) No estamos de acuerdo con PUIG PEÑA en que se trata de «puras sutilezas». La función económico-social de un negocio jurídico ejerce, como ha puesto de relieve BETTI (loc. cit.), una influencia decisiva en la determinación de su contenido. Por lo demás PUIG PEÑA, aun negando toda identificación absoluta de venta y dación en pago, estima que existen analogías entre ambas figuras. Vid. su *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. 1.º, pág. 188, nota 25-.

(37) Cf. BERNDORFF: *Op. cit.*, págs. 32-33.

que se refiere a la *condictio indebiti*: en un caso procede repetir el precio indelidamente compensado; en el otro la cosa dada en pago (38). En la práctica pueden presentarse casos dudosos, difíciles de encuadrar en uno u otro supuesto; para resolverlos habrá que atender a las declaraciones negociales de las partes y a otras circunstancias reveladoras de cuáles han sido sus propósitos (39).

4) Finalmente hay que examinar si la teoría que asimila dación en pago y compraventa, encuentra algún apoyo en los preceptos del Código civil español. Ello ha sido afirmado algunas veces por la jurisprudencia y la doctrina. La sentencia de 9 de diciembre de 1943 sostiene que la dación en pago se configura como un contrato de compraventa «tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil». La resolución de 10 de agosto de 1918 dice que la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa «ha encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536, 1.636 y otros más del Código civil». En la doctrina, De Diego, por ejemplo, declara que del artículo 1.521 del Código civil parece inferirse que éste aproxima la dación en pago a la compraventa (40). No obstante, creemos que de los preceptos del Código civil nada seguro puede inferirse acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*. El Código civil español no regula la dación en pago y alude a ella tan sólo de un modo incidental y sin tomar partido alguno en torno a la cuestión de su naturaleza jurídica (41). De probar algo el artículo 1.459 número 5.º párrafo 2.º, probaría que ambas instituciones son distintas, dado que exceptúa de la regla general contenida en el primer párrafo del referido número y artículo (prohibición de que determinadas personas celebren la compraventa) el supuesto de que se trate de una dación en pago; este mismo sentido tiene el artículo 1.536 en relación con el artículo 1.535. El artículo 1.521 se limita a equiparar compraventa y dación en pago, basándose en la común nota de la onerosidad (42), a efectos de aplicación del retracto legal.

(38) Estas diferencias eran ya puestas de relieve por PHOTIER: *Loc. cit.* Cfr. asimismo DERNBURG: *Loc. cit.*, y BERNDORFF: *Op. cit.*, págs. 29-30.

(39) Por ejemplo, considerar si las partes, caso de no mediar una obligación entre ellas, hubiesen o no llevado a cabo el negocio. En caso afirmativo se trata de una compraventa seguida de compensación del precio con el crédito; en caso negativo, de una dación en pago, cuya base desaparecería al resultar inexistente el crédito que pretende extinguirse. Vid. BERNDORFF: *Op. cit.*, pág. 27.

(40) *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II (Madrid, 1930), pág. 323.

(41) El BGB adopta, en cambio, una actitud negativa acerca de la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, según se desprende de los *Motive* al primer proyecto (tomo II, pág. 82), donde al fundamentar el artículo 265, I (que aplica a la dación en pago la garantía por evicción y vicios de la cosa), se dice que este precepto no se basa en que la dación en pago equivalga a una venta o haya de considerarse como tal.

(42) Sin embargo, la nota de la onerosidad no puede predicarse de la *datio in solutum* en todos los supuestos. Cfr. *infra* § 5.

pero no autoriza una identificación total de ambas figuras; lo mismo puede decirse del artículo 1.636.

Hemos visto que la teoría que equipara compraventa y dación en pago es insostenible, y no puede servir, por tanto, como punto de partida para la elaboración de una teoría jurídica de la *datio in solutum*. Para obtener los resultados que esta teoría propone (aplicación de ciertas reglas de la compraventa a la dación en pago), no es preciso acudir al expediente «cómodo, pero barroco» (43) de la identificación de ambas figuras. Consideremos ahora la bondad de la doctrina que configura a la *in solutum datio* como una novación.

§ 3. TEORÍAS QUE CONFIGURAN LA DATIO IN SOLUTUM COMO UNA NOVACIÓN

1 La teoría que afirma que la dación en pago supone una novación por cambio de objeto cuenta con ciertos precedentes en la doctrina jurídica europea. Ya Romussi decía que la *in solutum datio* constituye una novación en la que la antigua obligación es sustituida por una nueva cuyo objeto es la cosa que se da en pago (44). Esta opinión es luego mantenida por algunos tratadistas del Derecho territorial prusiano. Así, Rulo afirma que la dación en pago tienen igual naturaleza que la novación, con la única diferencia de que en aquella la nueva obligación se extingue en el preciso momento en que nace, mientras que en la novación objetiva subsiste una relación obligatoria entre acreedor y deudor (45). También Bornemann defiende la asimilación de la *datio in solutum* a la novación por cambio de objeto (46).

Pero es en la doctrina francesa posterior al Código de Napoleón, donde esta teoría ha alcanzado mayor difusión. Gran número de autores franceses configuran la dación en pago como una novación objetiva. Baudry-Lacantinerie expone detalladamente esta tesis (47). Afirma que la dación en pago es una novación, en

(43) Expresión de BARASSI: *La Teoria Generale delle Obligazioni*, volumen III (Milán, 1946), pág. 916.

(44) En su obra *Tractatus de datione in solutum* disc. I, n. 22, citada por AMBROSSETTI: *Datio in solutum, Digesto italiano*, volumen IX, 1.ª parte, página 126, nota 2.ª

(45) *Meber die Angabe an Zahlungsstatt nach dem allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten, von Kamptz: Jahrbücher für die Preussische Gegebung. Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*, tomo XXIII (1823) páginas 6-7, 11-12 y 19.

(46) *Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts*, tomo III (2.ª edición, Berlín, 1838), pág. 611.

(47) *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations*, tomo II, 3.ª edición al cuidado de BARDE (París, 1907), número 1685, págs. 788 y sigs. También se alude en el número 1686 (pág. 793) a las analogías que guarda la dación en pago con el contrato de compraventa.

la que aun cuando la nueva obligación es inmediatamente ejecutada, el análisis permite distinguir la convención novatoria de su ejecución, por lo cual es preciso reconocer que aunque tan sólo por un instante ha existido una nueva obligación. Funda su opinión este autor en el artículo 2.038 del Código civil francés (al que corresponde el artículo 1.849 C. c.), el cual sólo se explica, según Baudry Lacantinerie, en cuanto que la antigua obligación se haya extinguido a consecuencia de la novación, y es, por consiguiente, una aplicación concreta del principio general contenido en el artículo 1.281 número 2.º del *Code Napoléon* (art. 1.207 *fassim* del Código civil español (48). Parecida opinión sustentan Demolombe (49) y Aubry y Rau (50). Entre los modernos autores franceses señalan Bonnacase (51) y Josserand (52) que la *datio in solutum* es una novación por cambio de objeto seguida de la ejecución inmediata de la nueva obligación; igual postura se mantiene en el *Nouveau Répertoire* de Dalloz (53).

La equiparación de la *datio in solutum* a la novación es asimismo mantenida por algunos otros autores extranjeros. En la doctrina italiana, Ambrossetti sostiene que en la dación en pago tiene lugar una novación objetiva (54), tesis que sustentan también Pacifici y Mazzoni (55). En el Derecho austriaco, señala Stubenrauch que si el acreedor y deudor deciden entregar en pago algo distinto de lo debido, varía el objeto de la obligación y, como consecuencia, se lleva a cabo un contrato de novación (56). En la doctrina hispano-americana, De Gasperi dice que «supone la dación en pago que, tácita o expresamente, ha tenido lugar una novación objetiva» (57).

(48) BAUDRY-LACANTINERIE cita (págs. 791-792) los informes de CHABOT, TREILHARD y LAHARY al Cuerpo Legislativo de los que deduce que los autores del Código de Napoleón, al redactar el artículo 2.038 repudiaron la opinión de DOMAT y POTHIER y configuraron la dación en pago como una novación.

(49) *Traité des contrats*, tomo IV (Paris, 1861), pág. 204. DEMOLOMBE aúda asimismo a la idea de compraventa y de la permuta al señalar que la *datio in solutum* es una novación expresa o tácita que se realiza bajo la forma de una venta o de una permuta, según se entregue *pretium pro re* o *res pro re*.

(50) *Cours de Droit civil français*, tomo IV, 6.ª edición al cuidado de BARTIN (Paris, s. a.), pág. 231, nota 1.ª También apoyan AUBRY y RAU su tesis en el artículo 2.038 del Código civil francés.

(51) *Elementos de Derecho civil*, tomo II (traducción castellana, México, 1945), pág. 539.

(52) *Derecho civil*, tomo II, volumen I (traducción castellana, Buenos Aires, 1950), pág. 718. Indica JOSSERAND que la *datio in solutum* es además una novación tácita.

(53) Tomo II (Paris, 1948), pág. 1.

(54) *Loc. cit.*

(55) *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.ª edición al cuidado de VENZI, volumen IV (Turin, 1927), pág. 540.

(56) *Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, tomo III (Wien, 1858), pág. 646.

(57) *Tratado de las Obligaciones en el Derecho civil paraguayo y argentino*, tomo III (Buenos Aires, 1946), págs. 40-41.

La tesis que venimos examinando ha sido acogida por algunos autores españoles. Manresa (58), después de asimilar, aunque no sin reparos, como hemos visto, la dación en pago a la compraventa, afirma que esta figura «constituye novación, puesto que crea una nueva relación jurídica». De Diego sostiene por su parte que la *in solutum datio* es hoy considerada «más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto» (59); este mismo autor al considerar el problema, al que luego hemos de referirnos, de si la dación en pago absorbe la novación, dice que es la *datio in solutum* «la que debe considerarse como una novación acompañada de realización inmediata» (60). En igual sentido, manifiesta De Buen (61) que la dación en pago «tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata, y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago».

La teoría objeto de nuestro examen cuenta asimismo con cierto apoyo en la jurisprudencia patria. Así, la interesante sentencia de 9 de diciembre de 1943, a pesar de acoger, como hemos tenido ocasión de ver, la tradicional tesis jurisprudencial que asimila la dación en pago a la compraventa, señala cómo en la *datio in solutum* a consecuencia «de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta», y habla más adelante «de la transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación ei pago», declarando asimismo esta sentencia que en la dación en pago tiene lugar «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago, en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica». La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que no mantiene, como ya sabemos, una postura terminante en torno a la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, señala como una de las posibles configuraciones la novación por cambio de objeto. En este sentido se expresan, entre otras, las resoluciones de 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1943.

II. Hasta aquí hemos reseñado la opinión de aquellos autores que equiparan por completo la *in solutum datio* con la novación. Fijemos ahora nuestra atención en un sector doctrinal para el que ambas figuras únicamente en determinados supuestos se identifican. Römer al considerar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, distingue entre *in solutum dare*, negocio o contrato real que extingue una obligación al ser realizada una prestación diferente de la debida, y el convenio de *in solutum dare* (62). Este convenio puede, según Römer, tener diversos sig-

(58) *Op. cit.*, pág. 396.

(59) *Op. cit.*, pág. 323.

(60) *Op. cit.*, pág. 329.

(61) *Notas al Curso elemental de Derecho civil* de COLIN-CAPITANT, tomo IV (Madrid, 1925), pág. 226.

(62) *Op. cit.*, § 1, pag. 3.

nificados: a) el deudor puede extinguir su obligación llevando a cabo la nueva prestación convenida, o bien la prestación inicial; b) el deudor está obligado a realizar la nueva prestación convenida a fin de extinguir la relación obligatoria. En este último supuesto surge la obligación de ejecutar la nueva prestación, obligación que se sitúa en el puesto que ocupaba la antigua, y tiene lugar por consiguiente la novación de la primitiva obligación (63). En parecidos términos se expresa Hasenöhrll quien diferencia la dación en pago de una cosa, del convenio de dar en pago una cosa. Este acuerdo puede significar: a) que el deudor deberá en lugar de la prestación inicial una nueva, la convenida, a la que tendrá derecho el acreedor; b) que el acreedor podrá elegir libremente la realización de la prestación inicial o de la posteriormente convenida; c) que el deudor podrá optar entre llevar a cabo la prestación originaria o la acordada con posterioridad. En el primero de estos casos, dice Hasenöhrll, ha tenido lugar una promesa de dar en pago que deberá ser caracterizada como novación, ya que una nueva obligación se ha introducido en el puesto que ocupaba la antigua (64). Al exponer nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, tendremos ocasión de referirnos de nuevo a la postura de Römer y Hasenöhrll; ahora tan sólo nos interesa consignar que para estos autores el convenio de dación en pago equivale en algunos supuestos a una novación.

Semejante es la opinión de Giorgi. Afirma este autor (65) que para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago, es preciso distinguir la *datio in solutum* en sentido lato y en sentido estricto. Indica Giorgi que «en ésta, que consiste en la tradición efectiva de una cosa corporal, el concepto de novación no puede, bien mirado, aparecer». En cambio, «si ampliamos el concepto de la *datio in solutum*, y suponemos que el deudor ha dado en pago un *nomen iuris*» nos encontraremos, según el citado autor, ante una novación subjetiva y objetiva al mismo tiempo o simplemente objetiva, según haya cambiado o no la persona del deudor en la obligación que sustituyó a la precedente. Lo mismo sucede cuando el objeto de la dación en pago es un *factum*, y el hecho haya sido prometido y no realizado, puesto que si el hecho ha sido ejecutado, no habrá novación. Vemos, por consiguiente, cómo con esta distinción llega Giorgi a la conclusión de aquellos autores que distinguen el convenio de dación en pago (al que equivale la *datio in solutum* en sentido lato) y la dación en pago como contrato real, dación en pago inmediateamente ejecutada (a la que

(63) *Op. cit.*, § 5, págs. 74-75.

(64) *Das Oesterreichische Obligationenrecht*, tomo II (Wien, 1890), § 95-pág. 506.

(65) *Teoría de las Obligaciones en el moderno Derecho italiano*, volumen VII (traducción española, Madrid, 1912), págs. 347-348.

equivale la *datio in solutum* en sentido estricto), y equiparan la primera de estas figuras a la novación. Pero hay que tener presente que Giorgi plantea el problema en sus términos generales tan sólo con respecto a la *in solutum datio* cuyo objeto es un *factum*, dado que gratuitamente hace coincidir la hipótesis de que se dé *in solutum* una cosa con la *datio in solutum* en sentido estricto, y el supuesto de que el objeto de la dación en pago sea un *nomen iuris* con la *datio in solutum* en sentido lato. A la opinión de Giorgi se adhiere, en definitiva, Venzi (66).

III. La tesis que asimila la *datio in solutum* a una novación por cambio de objeto es más admisible que la teoría anteriormente contemplada que la equiparaba a la compraventa. El reproche de ser una teoría incompleta por no resolver de modo inequívoco la cuestión planteada y no adaptarse a todos los supuestos de la misma, no es aplicable a la tesis que últimamente hemos venido exponiendo. La identificación de la *in solutum datio* con la novación explica a primera vista cuál sea la naturaleza jurídica de la institución objeto de nuestro estudio y supone, por tanto, un cierto progreso frente a la teoría anterior, ya que cabe pensar que cuando en pago de una obligación se realiza una prestación diversa de la debida, la obligación anterior desaparece para dejar paso a una distinta cuyo objeto es el *aliud*, lo que se da en pago, y de la que se deriva el deber que sobre el deudor pesa de realizar la nueva prestación, y ello con independencia de las características del objeto de la antigua y nueva obligación. No obstante, examinaremos con cierto detalle esta teoría para comprobar si sus conclusiones son exactas y, por consiguiente, si ha acertado a resolver el problema de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

En primer lugar hemos de advertir que el encuadramiento de la dación en pago dentro de la novación objetiva constituye una postura doctrinal muy cómoda y un tanto anacrónica. Cómoda, debido a que la *datio in solutum* concebida de este modo no presenta una difícil problemática, pues todas las dudas y complicadas cuestiones a que su estudio da lugar, se resuelven con la simple remisión a las reglas de la novación objetiva. Pero a consecuencia de ello, la dación en pago desaparece del campo de las instituciones jurídicas al subsumirse dentro de la novación por cambio de objeto. Ello nos obliga a mirar con recelo esta construcción, y nos lleva a un estudio más detenido de la misma, a fin de dilucidar si está realmente justificada una consecuencia tan perturbadora como es la supresión de una figura jurídica. Resulta anacrónico,

(66) *Notas a las Istituzioni di Diritto civile italiano* de PACIFICI-MAZZONI, volumen IV citado, pág. 616. VENZI diferencia la *datio in solutum* impropia (se da *in solutum* un crédito, sustituyendo una obligación a otra mediante novación), de la *datio in solutum* propia (el deudor entrega *in solutum* una cosa corporal, produciéndose novación alguna).

por otro lado, acudir a la novación objetiva para construir jurídicamente la *datio in solutum* en momentos en los que, como es sabido, la novación, debido a sus radicales efectos, no es una institución intensamente vivida (67). A diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano donde, como consecuencia de su riguroso sistema contractual, el único medio posible para modificar la estructura (sujetos, objeto y causa) de una obligación era el de extinguirla sustituyéndola con una nueva obligación a través de un contrato formal (*transcriptio, stipulatio*), hoy es posible modificar dentro de ciertos límites el contenido de una obligación sin necesidad de acudir a la novación. Por ello, la novación ha ido perdiendo terreno en las modernas codificaciones y en la nueva doctrina civilística. Así el B. G. B. no regula la novación de una manera especial (68), y el nuevo Código civil italiano, más moderadamente, admite la novación objetiva tan sólo cuando venga justificada por cambios importantes del objeto o del título de la obligación, y limita la novación subjetiva a los supuestos de sustitución del deudor (69). No muy distinta es la postura del Código civil español que, como señala De Diego (70), «representa una etapa avanzada en la crisis del concepto de novación». En nuestro derecho, puede decirse que la distinción, elaborada por la doctrina (71) con fuerte apoyo en el articulado del Código civil

(67) Frente a la tendencia general se alza CODACCI-PISANELLI: *Ampiezza del concetto di novazione*, Milán, 1950. Pretende este autor extender el concepto de la novación más allá del campo del Derecho de las obligaciones al Derecho privado en general e incluso al Derecho público. Según el mismo, la novación estriba en la transfusión de una entidad jurídica a otra nueva que ocupa el puesto de aquella y la extingue, dada la incompatibilidad subjetiva u objetiva entre ellas existente. La amplitud del ámbito de aplicación de esta figura se basa «en la innegable posibilidad de que cualquier relación jurídica se extinga al sobrevenir otra incompatible con ella a causa de una identidad total o parcial» (pág. 71). Para CODACCI-PISANELLI la novación es aplicable a toda entidad jurídica: al negocio jurídico (págs. 74-75), al acto jurídico (pág. 76), al simple hecho jurídico objetivo (pág. 78) e incluso a las normas jurídicas (derogación de una ley a consecuencia de haber sido regulada la materia que era su objeto por una ley nueva (!), cf. págs. 81-82). Sobrepasaría los límites de este trabajo una crítica, incluso somera, de un concepto tan desorbitado y deformador de la novación.

(68) Los autores del BGB justifican su postura diciendo que «las necesidades a que atendía la novación por cambio de acreedor o de deudor se satisfacen en lo esencial con los preceptos acerca de la cesión de créditos y asunción de deudas», y que la novación objetiva en la que no cambian las personas del acreedor y deudor «puede llevarse a cabo de acuerdo con los principios de la libertad contractual, siendo por ello innecesarios preceptos que regulen esta segunda clase de novación». Vid. *Motive*, tomo II, págs. 78-79.

(69) Cf. arts. 1.230 y 1.235. Vid. BARASSI: Op. cit., tomo I, pág. 232.

(70) *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera*. Madrid, 1912, pág. 276.

(71) Especialmente DE DIEGO, op. cit. últimamente, págs. 268 y sigs., y PÉREZ Y ALGUER, notas al *Derecho de Obligaciones* de ENNECERUS-LEHMANN, volumen I (Barcelona, 1947), § 42, págs. 218 y sigs., y § 85, págs. 410 y sigs.:

y consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (72), de la novación en dos especies la extintiva o propia y la modificativa o impropia ha reducido de manera considerable el ámbito de la genuina novación, puesto que la denominada novación modificativa o impropia que no es en realidad, como su mismo nombre indica, novación en sentido técnico, es la más usual y la que se presume en los supuestos en que no aparezca de un modo claro e inequívoco cuál ha sido la voluntad de las partes a este respecto (73). Por consiguiente, es un tanto anacrónico, como antes indicábamos, acudir a la novación para explicar la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, y ampliar de esta manera la órbita de una institución que sólo en contadas ocasiones ha de admitirse.

Para que la teoría objeto de nuestra atención fuese exacta sería preciso que la *datio in solutum* reuniese los requisitos que en orden a la existencia de la novación exige el Derecho objetivo. Ciertamente, cuando se conviene dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, surge la obligación de realizar la nueva prestación acordada; pero hay que examinar si la simple aparición de esta obligación da lugar a que la antigua obligación se extinga automáticamente al ser sustituida por aquélla. Para que así fuera sería necesario, conforme al artículo 1.204 del Código civil, que las partes hiciesen una declaración terminante en este sentido o bien que la antigua y nueva obligación fuesen de todo punto incompatibles (74). Pero las partes, cuando deciden dar en pago algo distinto de lo debido, no se refieren en modo alguno a la novación ni quieren extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un nuevo medio de extinción de la primitiva obligación. Tampoco es la *datio in solutum*

en la página 414 se dice expresamente que «el término novación, a la luz de los precedentes inmediatos de nuestro Código civil y del articulado del mismo, puede significar tanto la extinción de una obligación preexistente, mediante la creación de una obligación nueva como la modificación de una obligación que subsiste con la variación, sustitución o subrogación de algunos de sus elementos».

(72) Vid. entre otras sentencias las de 30 de diciembre de 1935, 28 de junio de 1940 y 24 de marzo, 29 de abril, 11 de julio y 5 de diciembre de 1947.

(73) La citada sentencia de 30 de diciembre de 1935 afirma que «en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación».

(74) Los autores del Código civil español al redactar el artículo 1.204 recogieron la fórmula establecida por el Derecho común para fijar los requisitos de la novación: *ad innovandam aliquam obligationem vel exigitur expressa revocatio, vel actuum incompatibilitas* (cf. sobre este punto ANDREOLI: *La novazione tacita obbligatoria*, Roma, 1929, pág. 22) en lugar de seguir literalmente al Código de Napoleón (art. 1.273: *la novation ne se presume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*) y al Código italiano de 1865 (artículo 1.269: *la novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla*) que en tantas otras ocasiones han sido sus modelos.

una novación tácita objetiva, tesis de Josserand, que resultaría de la absoluta incompatibilidad entre la antigua y nueva obligación. La obligación de dar en pago algo distinto de lo debido no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ella, creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación. La nueva obligación, lejos de ser de todo punto incompatible con la antigua, presupone la existencia y subsistencia de ésta (75).

Por otra parte, la equiparación de la dación en pago a la novación objetiva trae consigo la producción de consecuencias jurídicas difícilmente imputables a la voluntad de quienes llevan a cabo la *datio in solutum*. Si la dación en pago entrañase una novación mediante la cual la obligación inicial se extinguiese para dejar paso a una nueva, cuyo objeto fuese el *aliud*, lo que se da en pago, el simple acuerdo de dar en pago algo distinto de lo debido produciría la extinción de la obligación inicial y la consiguiente desaparición de las garantías personales o reales que la reforzaban, así como la pérdida, por parte del deudor, de las excepciones inherentes a la relación obligatoria primitiva. Ahora bien, las partes, al convenir dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, ¿quieren realmente que se produzcan estas consecuencias? No lo creemos así. Lo único que pretenden las partes es crear un nuevo medio de extinción de la relación obligatoria pendiente, pero no extinguir la obligación y con ella todas sus garantías. Tal extinción tendrá lugar en el momento en que efectivamente se realice la nueva prestación convenida, no en el instante en que ésta es convenida. Lo contrario supone violentar la voluntad de los que celebran la dación en pago. Ciertamente es que parte de la doctrina (Rubo, Baudry-Lacantinerie, Bonnetcase, Josserand, De Diego, De Buen) pretende evitar la producción de las indicadas consecuencias jurídicas, afirmando que la *datio in solutum* es una novación objetiva en la que la nueva obligación es inmediatamente ejecutada, de suerte que no cabe hablar de simple convenio de dación en pago, ni de las consecuencias jurídicas a que éste, concebido como novación objetiva, daría lugar. Según este sector doctrinal, la dación en pago habría de catalogarse dentro de los negocios o contratos reales *quoad constitutionem*. Pero no hay motivo alguno para que ello sea así. Como luego veremos, al lado de la *datio in solutum* en la que la nueva prestación es inmediatamente realizada, existen supuestos de dación en pago meramente convenida. En éstos precisamente tendrán lugar, de concebirse la *in solutum datio* como una novación objetiva, las perturbadoras consecuencias jurídicas a que antes nos referíamos

(75) A la equiparación de *datio in solutum* y novación se opone asimismo HERNÁNDEZ GIL: *Comentario* a la sentencia de 9 de diciembre de 1944. RGLJ. 1045 (1.º), págs. 237 y sigs.

y cuya producción no puede ser imputada a los que acuerdan dar en pago de su obligación algo distinto de lo debido.

Así como parte de la doctrina francesa (Baudry-Lacantinerie, Aubry y Rau) (76) fundamenta la identificación de la *in solutum datio* y la novación en el artículo 2.038 del Código de Napoleón: *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé*; también cabría aducir en favor de tal equiparación el artículo 1.849 del Código civil español que es traducción literal de aquel precepto: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Podría afirmarse que en el supuesto regulado por el artículo 1.849, la liberación del fiador tan sólo se explica teniendo en cuenta que la antigua obligación, y con ella la fianza, se han extinguido al ser sustituida aquélla por una nueva obligación mediante la novación, y que en consecuencia el artículo 1.849 no es más que una aplicación del principio general expresado en el artículo 1.207 C. c. Veamos si una acertada interpretación del artículo 1.849 autoriza tal afirmación.

Para comprender rectamente el significado del artículo 1.849, hay que preguntarse, ¿cuándo queda libre el fiador? A esta pregunta puede contestarse de dos maneras:

1.ª El fiador se libera en el momento en que el acreedor consienta que en pago de la deuda le sea entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos.

2.ª El fiador se ve libre de la fianza en el instante en que el acreedor reciba efectivamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda.

Si se entiende el artículo 1.849 en el primer sentido, habrá que reconocer que este precepto considera la *datio in solutum* como una novación mediante la que una nueva obligación (la de entregar el inmueble u otros cualesquiera efectos) sustituye a la inicial que se extingue junto con las obligaciones accesorias y garantías, entre las que figura la fianza. Por el contrario, si se comprende el artículo 1.849 en el segundo sentido, habrá que referir la extinción de la fianza a consecuencia de la *in solutum datio* no a una hipotética novación de la relación obligatoria, sino a la realización de la nueva prestación convenida, a la que previamente acreedor y deudor habían otorgado valor extintivo de la obligación. Pues bien, la lectura del artículo 1.849

(76) Vid. citas *supra* notas 48 y 50. En contra de esta interpretación del artículo 2.038 se han manifestado, entre otros, MOURLON, TROPLONG, LAURENT y JEANNIN-NALLET. Cf. por todos este último autor: *Op. cit.*, págs. 45-46.

nos obliga a interpretarlo en el segundo sentido: a) el artículo dice que el fiador queda libre cuando el acreedor acepta en pago un inmueble u otros cualesquiera efectos, o sea, cuando recibe el inmueble o los efectos, no cuando acepta simplemente que le será entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la obligación; b) el artículo se refiere a la pérdida por evicción, la cual tan solo podrá producirse en el supuesto de que efectivamente se haya entregado la cosa (el inmueble o los efectos). A esta interpretación se acercan algunos autores al examinar el artículo 1.849 C. c. García Goyena al comentar el artículo 1.763 del Proyecto de 1851, al que corresponde literalmente el actual artículo 1.849, dice que «en este caso la obligación queda extinguida por la novación, o, mejor dicho, por el pago que hizo el deudor principal» (77). En idéntico sentido se expresa Manresa al afirmar que «la obligación subsidiaria de la fianza quedó extinguida por novación, según unos, o por el pago, según otros, que es la opinión más admitida, y también la más conforme con los buenos principios de Derecho» (78). También Sánchez Román (79) y Puig Peña (80) confirman la interpretación sostenida.

Vemos, pues, cómo la teoría que asimila la dación en pago a la novación objetiva, no acierta a resolver el problema de la naturaleza jurídica de aquella figura; novación y *datio in solutum* son instituciones diferentes y dotadas, por tanto, de diverso régimen jurídico.

§. 4. OTRAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DATIO IN SOLUTUM

1. En primer lugar nos referiremos a la teoría que afirma que la dación en pago entraña una modificación del objeto de la relación obligatoria. La *insolutum datio*, así concebida, no motiva la extinción de la obligación para dar paso a una nueva cuyo objeto es lo que se da en pago, sino que, sin afectar a la existencia de la relación obligatoria, se limita a modificarla sustituyendo su inicial objeto por el que ha de darse en pago (el *aliud*). Entre los autores que defienden esta tesis figura en lugar des-

(77) *Op. cit.*, IV pág. 166.

(78) *Comentarios cit.*, tomo XII (Madrid, 1907), pág. 350.

(79) Señala SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo IV, 2.ª edición, Madrid, 1899, pág. 294) que debe considerarse extinguida la fianza cuando el deudor principal, por medio de la dación o adjudicación en pago, entregó una cosa de la que después se ve privado el acreedor.

(80) PUIG PEÑA indica (*Tratado citado*, tomo IV, volumen 2.º, Madrid, 1946, pág. 51) que «la obligación garantizada por la fianza se extingue en el momento mismo de aceptar el acreedor la cosa dada en pago, extinguiéndose también, a consecuencia de su carácter accesorio, la contraída por el fiador en garantía de aquella».

tacado Franz Leonhard (81). Leonhard fué el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica de la dación en pago. Hasta ahora, nos dice este autor (82), la ciencia del Derecho común y del Derecho civil alemán al estudiar la *datio in solutum* (prestación en lugar del cumplimiento, *Leistung an Erfüllungsstatt*, en su terminología) ha puesto de relieve tan sólo el momento real, la prestación, pero ha descuidado el aspecto contractual, la naturaleza jurídica del consentimiento que el acreedor otorga para que la nueva prestación valga como cumplimiento de la obligación. Se afirma de ordinario que es «naturalmente» necesario tal consentimiento, o que la dación en pago es, en conjunto, un acto de cumplimiento. Pero ello, continúa Leonhard, no acierta a explicar por qué una prestación que no implica cumplimiento de la obligación, actúa, sin embargo, como tal. El proceso total de la dación en pago se explica tan sólo del siguiente modo: la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago, o cumplimiento normal; de esta manera queda aclarado por qué una prestación distinta de la inicialmente debida extingue la obligación: la realización de la nueva prestación supone el pago o cumplimiento de la relación obligatoria modificada; la nueva prestación es el verdadero objeto de la obligación modificada (83). De este modo, concluye Leonhard (84), no cabe hablar de la *in solutum datio* como particular institución jurídica, sino que ha de considerarse esta figura como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria.

La teoría de Leonhard ha tenido cierto eco dentro de la moderna doctrina alemana. Lehmann sostiene, en la décimo tercera revisión del *Recht der Schuldverhältnisse* de Enneccerus (85), que la *datio in solutum* es un contrato real del que ha de distinguirse el *pactum de in solutum dando*, el cual consiste, a su parecer, en un contrato de modificación de la relación obligatoria a tenor del artículo 305 del B. G. B. Blomeyer, por su parte, configura la dación en pago, en todo caso, como un contrato modificativo de la obligación, en virtud del cual el deudor se obliga a pagar un objeto distinto del debido (86). También Larenz alude a esta concepción de la *datio in solutum* (87).

(81) *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B. München und Leipzig*, 1929.

(82) *Op. cit.*, págs. 593-594.

(83) *Op. cit.*, pág. 595.

(84) *Op. cit.*, pág. 596.

(85) Tübingen, 1950, pág. 252.

(86) Afirma BLOMEYER que este contrato tiene como consecuencia el que la realización de la nueva prestación extinga la relación obligatoria. Tal consecuencia ha sido puesta de relieve, innecesariamente según este autor, en el artículo 364, apartado I del B. G. B. Cfr. su *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin, 1953, pág. 259.

(87) Indica LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München und Berlin, 1953,

En la doctrina italiana, Messineo parece aceptar la teoría que ve en la dación en pago una modificación del objeto de la relación obligatoria. Al estudiar la modificación objetiva de la obligación y examinar los supuestos en que se produce, cita este autor en primer término la dación en pago (88). por otra parte, señala Messineo la distinción entre *datio in solutum* y novación, diciendo que en la dación en pago es sustituido el objeto de la obligación, pero no la relación obligatoria íntegra, mientras que en la novación es sustituida la entera relación obligatoria y tan sólo mediatamente su objeto (89).

* * *

La teoría que ve en la dación en pago una modificación del objeto de la relación obligatoria, resuelve a primera vista el problema de la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa. Es admisible que cuando en pago de una obligación se da algo distinto de lo debido, se modifique la relación obligatoria en el sentido de que su objeto inicial sea sustituido por uno nuevo (lo que se da en pago), de tal manera que la realización de la nueva prestación suponga el pago o cumplimiento de la inicial relación obligatoria modificada. Por otro lado, en el actual Derecho civil español, como hemos tenido ocasión de ver (90), es posible modificar el objeto de la obligación sin que ésta se extinga, ya que al lado de la novación propia o extintiva existe la novación impropia o modificativa en la que tendría cabida la *datio in solutum* como simple modificación del objeto de la relación obligatoria. Pero también es cierto que esta construcción da lugar a que la *in solutum datio* deje de ser una figura jurídica independiente y pase a constituir un subcaso de la novación impropia, o modificación no extintiva de las obligaciones (91). Esta consecuencia nos impone

pág. 237) que a diferencia del cumplimiento la prestación en lugar del cumplimiento necesita ir acompañada de un contrato relativo a que la nueva prestación es realizada y aceptada en lugar del pago. Lo natural, afirma, sería configurar este contrato como una posterior modificación de la relación obligatoria, o sea, como un contrato de modificación en el sentido del artículo 305 del B. G. B.; la nueva prestación supondría el cumplimiento de la inicial relación obligatoria posteriormente modificada. No obstante, LARENZ cree que esta tesis es difícilmente sostenible a la vista del artículo 305 del B. G. B. y que, por consiguiente, no sirve para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago en el actual Derecho alemán.

(88) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, volumen II, 2.ª parte, 8.ª edición, Milán, 1950, § 111, pág. 202.

(89) *Op. cit.*, § 127, pág. 402.

(90) *Vid. supra*, notas 71 y 72.

(91) El propio LEONHARD, a quien puede considerarse creador de esta concepción, pone de manifiesto esta consecuencia cuando dice que según su teoría «*gib' es gar keine besondere Leistung oder Annahme an Erfüllungsttat, sondern der ganze Vorgang ist als Erfüllung einer abgeänderten Schuld zu erklären*» (*Op. cit.*, pág. 506).

una consideración más detenida de la teoría que identifica la dación en pago con la modificación del objeto de la relación obligatoria.

Para que la *datio in solutum* fuese una novación impropia por la que el inicial objeto de la obligación es sustituido por uno nuevo (lo que se da en pago), sería necesario que acreedor y deudor tuviesen intención de modificar el objeto de la relación obligatoria respecto de la cual convienen dar en pago algo distinto de lo debido. La doctrina, anteriormente expuesta, de que en los casos dudosos ha de suponerse que las partes quieren celebrar la novación modificativa y no la extintiva, no debe inducirnos a confusión a este propósito. Esta prudente doctrina ha de aplicarse cuando las partes quieren realmente variar alguno de los elementos de la obligación, y no puede precisarse si su intención era extinguir o simplemente modificar la relación obligatoria; si las partes no quieren variar alguno de los elementos de la obligación, no cabe aplicar esta regla y no puede, por tanto, presumirse la novación impropia. Pues bien, cuando las partes deciden dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, no pretenden introducir ninguna modificación fundamental en la estructura de la relación obligatoria, sino que atienden tan sólo al momento extintivo de la obligación, creando una nueva forma de llevar a cabo su cumplimiento. No puede imputarse a la voluntad de acreedor y deudor que celebran la *datio in solutum*, un efecto tan radical como el de modificar el objeto de la relación obligatoria, sino tan sólo el propósito de facilitar el cumplimiento de la obligación pendiente, creando un nuevo medio de extinguirla.

Si bien es verdad que la novación modificativa no trae consigo la extinción de las garantías personales o reales que refuerzan la obligación y la pérdida por parte del deudor de las excepciones inherentes a la relación obligatoria (consecuencias jurídicas que, según hemos visto, son difícilmente imputables a la voluntad de quienes llevan a cabo la dación en pago), no lo es menos también que toda modificación que implique ampliación de la obligación no surte efecto contra los fiadores y terceros propietarios de la cosa pignorada o hipotecada, si éstos no prestan su asentimiento. Esta regla no aparece formulada de manera explícita en el Código civil español (92), pero puede deducirse del principio general reflejado en los artículos 1.835 apartado segundo y 1.851 (93). Por consiguiente, si la celebración de la *datio in solutum* significase

(92) El BGB, en cambio, la establece expresamente en los §§ 767 y 1.210; cfr. SIBER: *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, § 22, II, pág. 82.

(93) En este sentido PÉREZ Y ALGUER *Op. cit.*, § 42, 4. Con respecto a la transmisión de deudas, señala JORDANO BAREA (*Asunción de deuda*, ADC, tomo III, fascículo 4.º, pág. 1.378) que del artículo 1.851 se deduce que «no puede agravarse la posición de los fiadores sin su consentimiento».

la sustitución del objeto de la obligación por otro distinto (el *aliud*, lo que se da en pago), motivaría en la mayoría de los casos una ampliación de la obligación que daría lugar a la extinción de las fianzas y de los derechos de prenda e hipoteca establecidos por los terceros, a menos que éstos y los fiadores prestasen su asentimiento al convenio de dación en pago. Pero el acreedor y deudor al convenir la dación en pago tan sólo pretenden crear un nuevo medio de extinguir la obligación, y no considerarán conveniente ni razonable requerir el asentimiento de los fiadores y terceros garantes en general. Esta omisión supondría, según la teoría objeto de nuestra atención, la pérdida para el acreedor de parte o de la totalidad de las garantías que refuerzan su crédito, resultado que sorprendería la buena fe del acreedor y es a todas luces injusto.

Lo expuesto nos impide considerar la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria, y nos lleva, por consiguiente, a rechazar la tesis de Leonhard y sus seguidores.

II. La *datio in solutum* ha sido también considerada como una simple modalidad del pago, como una forma especial del pago o cumplimiento normal de las obligaciones. Entre los juristas del Derecho común alemán del siglo XIX, defiende esta teoría Römer. Afirma Römer (94) que las notas que constituyen la esencia jurídica del *in solutum dare* son dos: 1) dirigirse a la extinción de una obligación; 2) verificarse esta extinción mediante la satisfacción material del acreedor, al realizarse la prestación. Por tanto, señala este autor, la *datio in solutum* tiene igual naturaleza jurídica que la *solutio* en sentido estricto, es una simple modificación de la misma (95). Esta opinión ha sido mantenida en la doctrina alemana posterior por Gierke (96) y Crome (97). En la moderna ciencia jurídica italiana, Ruggiero-Maroi (98) y Co-

(94) Ya hemos visto (*supra*, notas 62 y 63) que RÖMER distingue entre *in solutum dare* y convenio de *in solutum dare*, al que considera en algunos supuestos como novación objetiva.

(95) *Ob. cit.*, pág. 3.

(96) GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, tomo III *Schuldrecht* (Leipzig, 1917), pág. 153) concibe la dación en pago como modalidad o equivalente del pago, afirmando que en la *datio in solutum* la obligación se extingue mediante un contrato que se diferencia del contrato de cumplimiento en que «la prestación realizada en virtud de aquel contrato no tiene el valor de cumplimiento, sino de equivalente del cumplimiento».

(97) CROME (*System des deutschen bürgerlichen Rechts*, tomo II, Tübingen, 1902, pág. 262) indica que en la dación en pago el acreedor obtiene un sucedáneo de lo debido y que esta figura presupone un contrato entre deudor y acreedor, por el cual el acreedor se declara satisfecho con la realización del sucedáneo. Vid. también en este sentido CROME: *Teorie fondamentali delle Obligazioni nel Diritto francese* (traducción de ASCOLI-CAMMEO, Milán, 1908), página 331.

(98) Sostienen RUGGIERO-MAROI (*Istituzioni di Diritto Privato*, volumen II, 8.ª edición, Milán, 1952, pág. 68) que la *datio in solutum* no es más que un equi-

lagrosso (99) acogen, asimismo, la tesis que configura la dación en pago como una modalidad o equivalente del pago. También algunos autores franceses (Guimbaud, Escarè, De Segogne, Doublet) ven en la dación en pago un simple modo del pago, sin llegar a identificar por completo ambas instituciones (100).

En el Derecho español parece inclinarse por la teoría que estamos contemplando Sánchez Román. Afirma este autor que la adjudicación de bienes, derechos o acciones, o dación en pago es «una forma especial de realizarse el cumplimiento voluntario de las obligaciones» (101). De manera más explícita, señala Latour Brotons que «la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas son más aparentes que reales, ya que la institución posee ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago, que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas» (102).

* * *

La teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica de la figura que estamos estudiando. Es evidente que la *datio in solutum* no es pago en sentido técnico, ya que pago en una acepción estricta o técnico-jurídica significa «el cumplimiento efectivo de la prestación convenida» (103) (o, en términos generales, debida), y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el *aliud*). Es necesario, por tanto, determinar cuáles son las notas diferenciales que separan el pago en sentido estricto, de la dación en pago, especial modalidad, según esta teoría, del mismo. Pero los partidarios de esta tesis no aciertan a resolver un punto tan esencial para ella. En efecto, no son suficientes a este respecto expresiones tan ambiguas como «modificación del pago» (Römer), «equivalente o

valente de la *solutio* y posee sus características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

(99) COLAGROSSO (*Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.^a edición, Roma, 1948, pág. 69), afirma que la figura que deroga el principio *aliud pro alio creditore solvi non potest*, ha de configurarse como un equivalente del pago, de cuyos caracteres fundamentales y disciplina jurídica general participa.

(100) Cfr. las citas de JEANNIN-NALTET, *op. cit.*, págs. 58-59. No podemos exponer más ampliamente las opiniones de estos autores por no habernos sido posible consultar directamente sus obras.

(101) *Op. cit.*, pág. 278.

(102) *Notas sobre la dación en pago*, RDP, 1953, pág. 631.

(103) Vid. por todos CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, tomo III, 7.^a edición, Madrid, 1951, pág. 236.

sucedáneo del pago» (Gierke, Crome, Ruggiero-Maroi, Colagrosso), o «subrogado del pago» (Latour Brotóns). Decir que la dación en pago es una modalidad del pago sin precisar el matiz diferencial, equivale a dejar sin resolver el problema de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*.

Podría aducirse en favor de esta teoría que el artículo 1.166 C. c. que se refiere de modo implícito a la dación en pago, constituye, por estar situado en la sección referente al pago del capítulo que regula la extinción de las obligaciones, una prueba de que la dación en pago debe considerarse como una modalidad del pago (104). Pero, aparte de que en un Código tan poco sistemático como el español no ha de concederse gran autoridad a este tipo de argumentos, un examen detenido de este precepto no autoriza semejante conclusión. Es verdad que la dación en pago se funda, en nuestro ordenamiento civil, en el artículo 1.166 del Código, que recoge el antiguo brocardo *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*. Empero, hay que tener presente cómo se basa la *datio in solutum* en el artículo 1.166: la dación en pago supone la derogación, por voluntad de las partes, de este precepto, precepto que establece precisamente uno de los requisitos esenciales del pago (cumplimiento por parte del deudor de la prestación debida). Por consiguiente, si alguna conclusión hubiese que deducir del artículo 1.166 con respecto a la naturaleza jurídica de la dación en pago, sería la de que la *datio in solutum* no puede concebirse en modo alguno como pago o modalidad del pago por carecer de uno de los presupuestos indispensables de esta figura jurídica.

III. Finalmente, hay que referirse a la doctrina que estima que la dación en pago es una institución compleja por participar a la vez de los caracteres de diversas figuras jurídicas. Goza esta postura doctrinal de cierto favor entre los modernos autores franceses. Colin y Capitant opinan que la *datio in solutum* es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor), e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable bien a una compraventa, bien a una permuta. La dación en pago, concluyen estos autores, aun siendo comparable con el pago o con la compraventa, no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes (105). En términos

(104) Así lo hacen los autores franceses partidarios de esta teoría invocando el artículo 1.243 del Código de Napoleón (*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*) que coincide, en lo esencial, con el artículo 1.166 del Código civil patrio. Cf. JEANNIN-NALLET: *Op. cit.*, pág. 53.

(105) *Cours élémentaire de Droit civil français*, tomo II, 10.^a edición a cargo de JULLIOT DE LA MORANDIERE, París 1053, págs. 647-648.

muy parecidos se expresan Planiol y Ripert. Al plantearse el problema de la naturaleza jurídica de la *in solutum datio*, señalan estos autores diversas soluciones. En primer lugar, puede compararse con el pago; es una especie anormal del pago (por oponerse al principio del artículo 1.243 del Código civil francés), pero el consentimiento del acreedor da regularidad a la operación y la equipara a un verdadero pago. En segundo lugar puede compararse con la novación objetiva, ya que el acreedor accede a la extinción de su antiguo crédito mediante la creación de una nueva obligación, con objeto diverso. Puede, finalmente, admitirse que la dación en pago es una venta cuyo precio se extingue por compensación con la primitiva deuda. Todas estas soluciones son exactas, ya que la dación en pago, según Planiol y Ripert, combina diversas operaciones: «en primer lugar, la novación..., la nueva obligación consiste en una obligación de dar que, refiriéndose a un cuerpo cierto, va a ser objeto de cumplimiento inmediato. De ahí se deriva la analogía entre la dación en pago y la venta, y aun con el pago mismo, entendiéndose que lo que se paga es la segunda obligación y no la primera» (106).

La teoría que ve en la *datio in solutum* una figura compleja que reúne caracteres de diversas instituciones jurídicas, cuenta con algunos partidarios en la doctrina española. Mucius Scaevola al tratar de la naturaleza jurídica de esta figura, indica que «la dación de bienes en pago de un crédito es una forma híbrida del cambio, puesto que participa de la naturaleza de modo extintivo de una obligación preexistente, es decir, de una relación jurídica anterior y de los caracteres de la compra» (107). En la moderna doctrina civilística, parece inclinarse hacia una solución semejante Castán Tobeñas, quien afirma que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una *modalidad o variante del pago*, pero que implica, a la vez una *transmisión onerosa* y ofrece, desde este punto de vista, *analogías* con el contrato de compraventa» (108). También Espín Cánovas defiende la naturaleza mixta de la *in solutum datio* en el Derecho civil español. A juicio de este autor la dación en pago es un contrato extintivo mediante el cual la obligación se extingue al ser realizada una prestación distinta de la originaria: como la nueva prestación estriba en la transmisión de la propiedad de una cosa, este convenio presenta analogías con la compraventa, de la cual se diferencia por otra parte. En definitiva, señala Espín Cánovas, la *datio in solutum* supone, de una parte, «extinción de una obligación, y de otra, transmisión efectiva de la cosa entregada. Pero como se trata de un

(106) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción española de DÍAZ CRUZ, tomo VII, La Habana, 1945, págs. 588-589.

(107) *Código civil comentado y concordado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, pág. 424.

(108) *Op. cit.*, pág. 257.

solo contrato, de un todo unitario, no cabe hablar de pago simplemente, ni de compraventa aisladamente. Es un contrato mixto, al que se han de aplicar, en lo procedente, las reglas de una y otra materia» (109).

La citada sentencia de 9 de diciembre de 1943 configura la *in solutum datio* como una institución compleja que participa de los caracteres del pago, de la novación y de la compraventa. Esta sentencia comienza señalando que «la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, según la dirección tradicional, o una novación por cambio de objeto, como quiere algún sector de la doctrina extraña, se configura en la nuestra como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código civil»; pero luego declara que en la adjudicación en pago «como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria, se extingue ésta». Afirmación ésta que reitera al hablar, en otro, considerando, de la «transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación en pago», y al referirse, más adelante, a que la *datio in solutum* supone «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago, en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica».

* * *

La apuntada dirección doctrinal (especialmente defendida por Planiol y Ripert) que conceptúa la *datio in solutum* como una compleja institución que supone a la vez una novación, un pago y una venta, es, como a primera vista puede observarse, extremadamente artificiosa. Si esta teoría fuese verdadera, dice Giorgi (110), «la *datio in solutum* sería un *monstrum iuris*: tendría al mismo tiempo tres aspectos y tres caras totalmente distintas». Sin embargo, la artificiosidad no sería causa suficiente para descartar la tesis de la naturaleza tripartita de la *in solutum datio*, siempre que esta tesis explicase de manera satisfactoria la naturaleza jurídica de esta institución. Veamos si ha conseguido tal propósito.

Señala esta doctrina que la dación en pago implica, de una parte, la sustitución de la antigua obligación por una nueva con objeto diverso, y entraña, por otro lado, la venta de la cosa que se da en pago. Esta venta habría de construirse bien en el sentido de que el precio se compensa con el antiguo crédito, o bien entendiendo que el antiguo crédito representa el precio de la compraventa (111); en ambos casos es evidentemente necesario que el

(109) *Manual de Derecho civil español*, volumen III. Madrid, 1954, pág. 145.

(110) *Op. cit.*, pág. 346.

(111) Aunque no hay que olvidar que ambas construcciones son inadmisibles por recurrir a una ficción. Vid *supra*, § 2, III, 2.

crédito inicial subsista. Ahora bien, según esta doctrina el antiguo crédito se ha extinguido en virtud de la novación para dejar paso a uno nuevo cuyo objeto es la cosa que se da en pago (112). Los propios Planiol y Ripert se hacen cargo de esta grave objeción cuando dicen que «las ideas de novación y venta se excluyen recíprocamente: la venta implica una liquidación por compensación subsiguiente y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio, sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva, que subsiste hasta ese momento» (113). Esta afirmación de Planiol y Ripert contradice su anterior pensamiento acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago, y destruye sin más la teoría que parecían sostener estos autores.

Aquellos otros autores que sostienen que la *datio in solutum* es un contrato mixto que reúne los caracteres del pago y de la compraventa y que a la misma ha de aplicarse en algunos puntos la disciplina del pago y en otros aspectos el régimen jurídico de la compraventa, aciertan a fijar, por lo menos parcialmente, cuáles son las normas que han de regular esta figura jurídica. Por consiguiente, las consecuencias prácticas que se obtienen con esta doctrina son, en principio, satisfactorias. No puede admitirse, en cambio, el expediente constructivo empleado para llegar a estas conclusiones: afirmar que la dación en pago equivale a una compraventa o presenta grandes analogías con ella, y que por otra parte, supone el pago o cumplimiento de la obligación a que se refiere. Como ya hemos visto (114), la *datio in solutum* y la compraventa son dos figuras completamente distintas por poseer una diferente estructura y perseguir diversas finalidades. Tampoco la *in solutum datio* puede equipararse sin más al pago o cumplimiento de la obligación a que hace referencia, ya que la dación en pago carece de uno de los presupuestos indispensables del pago (cumplimiento de la prestación debida) (115). Para alcanzar las consecuencias a que llega esta teoría, bastaría tener en cuenta, sin necesidad de acudir a forzadas construcciones, que la *datio in solutum* supone, al menos en algunos casos, la transmisión de una cosa a título oneroso, e implica, asimismo, el pago o cumplimiento de una obligación (la de dar una cosa en pago), pago que, como seguidamente exponemos, extingue a su vez la obligación inicial.

(112) En este sentido DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, tomo III, 2.ª edición. Bruselas, 1950, pág. 480, con respecto a la venta seguida de compensación. Afirma este autor que «si la antigua obligación se ha extinguido no se comprende cómo es posible hacerla revivir a fin de que actúe la compensación (entre el precio de la venta y el importe de la antigua deuda)».

(113) *Op. cit.*, pág. 589.

(114) Vid. *supra*, § 2, III.

(115) Vid. *supra*, apartado II de este parágrafo.

§ 5. NUESTRO PUNTO DE VISTA ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DE LA IN SOLUTUM

Una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando el pago del objeto debido: el acreedor puede obligar al deudor a realizar la prestación debida, acudiendo en su caso a la ejecución forzosa (específica o en forma de indemnización del interés); el deudor puede imponer al acreedor el pago, empleando si fuere preciso el expediente de la consignación judicial de lo debido. Dejando a un lado el controvertido tema de cuál sea la naturaleza jurídica del pago (116), es indudable que para realizar la prestación debida no se necesita inexorablemente un nuevo acuerdo de acreedor y deudor. No sucede lo mismo en la dación en pago. El deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida (*aliud pro alio invito debitore peti non potest*); para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida (*datio in solutum*), es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor. No puede llevarse a cabo la dación en pago, si no existe un acuerdo de acreedor y deudor a este respecto. Del valor y significación que se otorgue a este convenio, resultará la naturaleza jurídica de la *in solutum datio*. Ahora bien, cabe que el acuerdo de acreedor y deudor pueda ser anterior o simultáneo a la realización de la prestación distinta de la debida, o deba en todo caso ser simultáneo a tal realización. El significado de este acuerdo será muy diverso en una u otra hipótesis. Si el acuerdo de dar en pago algo distinto de lo debido es anterior a la realización de la nueva prestación convenida, habrá que establecer hasta qué punto se verá afectada la relación obligatoria tal y como originariamente había sido establecida (con un objeto determinado) por este posterior contrato. No se planteará, en cambio, este problema si el convenio de dar en pago una cosa distinta de la debida es necesariamente simultáneo a la entrega de esta cosa o, en términos generales, a la realización de la nueva prestación convenida, ya que en este supuesto la relación obligatoria se extinguirá en el preciso momento en que tenga lugar el contrato. Por consiguiente, la primera cuestión que hay que examinar es la de si la *datio in solutum* es un contrato real *quoad constitutionem* por ir inseparablemente unidos acuerdo y realización de la nueva prestación, o si

(116) Excedería del tema y límites del presente estudio abordar este tema, uno de los más debatidos por la doctrina. Para una acertada síntesis de las diversas teorías emitidas en torno de mismo cfr. NÚÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, AAMN, tomo I, pág. 408, nota 2.^a

puede establecerse la dación en pago con anterioridad al momento en que se lleve a cabo la prestación distinta de la debida.

I. La dación en pago ha sido encuadrada repetidamente por la doctrina dentro de la categoría de los contratos reales, que está integrada por aquellos contratos en cuya constitución intervienen una manifestación de voluntad y un hecho real (transmisión de la propiedad, o de la posesión) (117), de tal manera que la entrega de la cosa, que de ordinario pertenece a la fase ejecutiva del contrato, forma parte del supuesto de hecho constitutivo del mismo (118). Pothier señala como nota distintiva de compraventa y *datio in solutum* la de que el contrato de compraventa es de los consensuales, mientras que para la dación en pago es necesaria la tradición (119). Con referencia al Derecho territorial prusiano, señalan Förster-Eccius que la dación en pago no supone un acuerdo de voluntades generador de futuras obligaciones, sino una modalidad del consentimiento necesario para la transmisión de la propiedad de la cosa que se da *in solutum* (120). Dentro de la pandectística, define Römer la *datio in solutum* como un negocio jurídico que se perfecciona *re*, en el momento en que se realiza la prestación, y que se dirige a la extinción de una obligación a través de la satisfacción del interés del acreedor (121).

Parte de la doctrina alemana posterior al B. G. B. ha sostenido que la dación en pago es un contrato real (*Realvertrag*) y extintivo de una relación obligatoria; entre los partidarios de esta construcción figuran Planck (122), Schollmeyer (123), Berndorff (124), Crome (125), Kuhlénbeck (126), y, más recientemente,

(117) Corresponde a ENNECERUS (en su obra *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*) el mérito de haber sido el primero en elaborar científicamente el concepto del contrato real. Vid. ANDREOLI: *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padua, 1937, pág. 82.

(118) Cfr. FORCHTELLI: *I contratti reali*. Milán, 1952, pág. 24.

(119) *Loc cit.*

(120) *Preussisches Privatrecht*, tomo I (7.ª ed., Berlin, 1896), págs. 591-92.

(121) *Op. cit.*, pág. 3.

(122) Afirma PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, § 304, 1) que la dación en pago es un contrato real mediante el cual se extingue *ipso iure* la relación obligatoria.

(123) Para SCHOLLMAYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, tomo I, München, 1900, pág. 281) la dación en pago es un contrato real, solutorio y bilateral.

(124) BERNDORFF (*Op. cit.*, págs. 8-9 y 16-17) dice que la dación en pago es un contrato real (*Angabe und Annahmevertrag*) entre deudor y acreedor, en virtud del cual se extingue el crédito al ser realizada una prestación distinta de la debida.

(125) CROME (*Op. cit.*, págs. 262-263, nota 13) mantiene que la *datio in solutum* es un contrato real y extintivo del crédito, del que ha de diferenciarse el precontrato o promesa de dar una cosa en pago.

(126) Indica KUHLENBECK (*Staudingers Kommentar zum BGB*, tomo II, § 304, 1, a) que la dación en pago es un contrato real que se perfecciona al ser realizada la nueva prestación y es distinto del precontrato de dación en pago o *pactum de in solutum dando*.

Lehmann (127). También en el moderno Derecho italiano, ha sido caracterizada la *datio in solutum* como un contrato real; tal es la opinión de Barassi (128), Barbero (129), Colagrosso (130) y Mengoni (131). A la teoría que configura la dación en pago como un contrato real, se adhiere en el Derecho español González Palomino; afirma este autor que mientras la adjudicación para pago es un contrato consensual que no extingue la obligación, la adjudicación en pago es un contrato real que extingue una deuda (132).

El Código civil de la provincia canadiense de Quebec establece que la dación en pago es un contrato real, al disponer en el artículo 1.529, párrafo segundo que la *dation en payement n'est cependant parfaite que par la délivrance de la chose*. Sin embargo, la jurisprudencia canadiense ha declarado, interpretando el mencionado precepto, que si bien la deuda no se extingue hasta el momento en que entrega la cosa dada *in solutum*, la dación en pago es obligatoria entre las partes con anterioridad a la entrega (133).

A pesar de que la categoría de los contratos reales se ve en la actualidad sometida a numerosas y razonadas críticas por oponerse al principio espiritualista que informa el moderno Derecho contractual (134), el número y autoridad de los autores que sostienen que la *datio in solutum* es un contrato real, nos obliga a

(127) Sostiene LEHMANN (décimotercera revisión del *Recht der Schuldverhältnisse* de ENNECERUS ya citada, pág. 252) que el convenio por el que se otorga carácter de sucedáneo del pago a un objeto distinto del debido, es cumplido en el preciso momento de su conclusión y constituye, por consiguiente, un contrato real. Según hemos visto (*supra* nota 85), LEHMANN diferencia la *datio in solutum* del *factum de in solutum dando*, al que configura como contrato de modificación.

(128) BARASSI (*Op. cit.*, tomo III, pág. 914) señala que la *datio in solutum* es un contrato extintivo en el que la prestación distinta de la debida no se promete, sino que se realiza.

(129) BARBERO (*Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. II, 3.ª edición, Turín, 1951, págs. 32-33) configura la dación en pago como un contrato solutorio y real.

(130) Manifiesta COLAGROSSO (*Op. cit.*, pág. 70) que la *datio in solutum* es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa o con la ejecución de la prestación.

(131) MENGONI (*L'Acquisto a non Domino*, Milán, 1949, pág. 193) dice, al contraponer la *datio in solutum* al pago o *solutio* (que para este autor constituye no un negocio jurídico, sino un acto jurídico *stricto sensu*), que la dación en pago es un contrato real.

(132) *La adjudicación para pago de deudas*. AAMN, tomo I, págs. 256-257.

(133) Cfr. JEANNIN-NALLET: *Op. cit.*, págs. 314-315.

(134) En el Derecho alemán se opone LARENZ, siguiendo a VON TUHR, LEONHARD, HECK, ESSER y DULCKEIT, a la configuración de ciertos contratos como reales. Afirma este autor (*Op. cit.*, § 6. I, pág. 47), que por oponerse al principio hoy vigente de la obligatoriedad del simple consentimiento, debe rechazarse la opinión de que ciertos contratos exigen para su perfeccionamiento además de la concorde voluntad de las partes un acto real (por lo general, transmisión de la propiedad de una cosa).

considerar si está realmente justificada la inclusión de esta figura jurídica dentro de aquel género de contratos. Por otra parte, es evidente que la propia terminología (*datio in solutum*, dación en pago) al aludir al elemento real (entrega de una cosa) y no mencionar el consensual, induce a creer que en la *in solutum datio* la entrega de la cosa forma parte del supuesto constitutivo del negocio jurídico. Se hace preciso, por tanto, un detenido examen del problema.

Para determinar si la *datio in solutum* es un contrato real, hay que tener presente que, aunque es recogida por el Código civil que alude a ella implícitamente en algunos preceptos (art. 1.166 por ejemplo) y expresamente en otros (arts. 1.521, 1.636, etc.), la dación en pago carece por completo de regulación en el Derecho privado español. Es la *in solutum datio* en nuestro ordenamiento jurídico un contrato nominado, pero atípico (135). Al ser un contrato atípico, parece que serán aplicables a la dación en pago los artículos 1.258 y 1.278 situados entre las normas generales de carácter imperativo del título II, libro IV del Código civil (136), que instauran el principio de libertad de forma en la contratación. Ahora bien, los contratos reales suponen una excepción al principio de libertad de forma que establecen estos preceptos. En los contratos reales la entrega es parte integrante del supuesto constitutivo del negocio y adquiere de este modo el rango de forma necesaria o esencial del contrato: la entrega de la cosa exterioriza la voluntad negocial no de manera ocasional o accidental, sino de manera necesaria (137). Si la *datio in solutum* fuese un contrato real, dejarían lógicamente de aplicarse a la misma los mencionados artículos 1.258 y 1.278 que, al menos *prima facie*, forman parte de las normas generales de carácter imperativo del título II, libro IV del Código civil español a las que han de sujetarse en general los contratos atípicos. Vemos, por tanto, cómo el carácter de contrato atípico que tiene la dación en pago representa un fuerte obstáculo para su configuración como contrato real.

La *datio in solutum* es, además, un contrato atípico usual en el tráfico jurídico, no constituye una *res nova* sin precedente alguno en la vida del Derecho. La dación en pago es un contrato atípico provisto de cierta tipicidad social (138): la laguna que su-

(135) Sobre la distinción entre contratos innominados, nominados y atípicos, vid JORDANO BAREA: *Los contratos atípicos*, edición separada, Madrid, 1953, página 12. Señala este autor que en algunos supuestos la mención que de un contrato hace la ley en un determinado lugar, permite inducir por vía de remisión la disciplina jurídica aplicable al contrato. No creemos que sea este el caso de la *datio in solutum*, ya que la mención que el Código hace de esta figura es meramente ocasional y no permite establecer consecuencias generales acerca de su régimen jurídico.

(136) Cf. JORDANO BAREA: *Op. cit.* en la anterior nota, pág. 37.

(137) FORCIBELLI: *Op. cit.*, pág. 105 y pág. 119, nota 14.

(138) Vid. JORDANO BAREA, obra últimamente citada, págs. 34 y 38.

pone su falta de regulación en el Código civil, puede ser llenada con los usos o costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. La investigación de algunos supuestos concretos de dación en pago en la práctica jurídica podrá ayudarnos a determinar si esta figura contractual ha de constituirse necesariamente *re*, mediante la realización de la nueva prestación convenida, o si por el contrario puede la *datio in solutum* perfeccionarse por el simple consentimiento de acreedor y deudor.

En la realidad del tráfico nos encontramos con casos en los que la *in solutum datio* se constituye *mero consensu*. Tal sucede en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 1914. El causante de la demandada había reconocido en un documento privado adeudar al demandante 12.500 pesetas; en el mismo documento (que no tenía eficacia traslativa) habían convenido deudor y acreedor que aquél daba al demandante en pago de su crédito la mitad del quinto de Navalsordo, con cuya cesión se extinguía el crédito. La heredera del deudor se negó a entregar la mitad de la finca en cuestión. El juzgado rechazó la demanda que contra ella se entabló. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia condenó a la demandada a entregar la finca. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia, declarando que «habiendo convenido los contratantes, después de practicar y aprobar la liquidación de las cuentas entre ellos pendientes y de reconocer y apreciar a la mitad del monte de que se trata un valor igual al representado por el saldo resultante de aquella liquidación, la cesión o transmisión de la referida mitad en pago de éste (el crédito), semejante convenio en que ha existido consentimiento explícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta que impone al vendedor la obligación ineludible de entregar al comprador la cosa vendida». Vemos cómo el Tribunal Supremo, aunque con técnica imperfecta al calificar de venta la dación en pago, resuelve justamente el caso planteado fundándose en que la dación de una cosa en pago de una deuda se perfecciona en el momento en que acreedor y deudor convienen la futura transmisión, y en que a partir de este momento el deudor viene obligado a entregar al acreedor la cosa adjudicada.

Ofrece también interés a este respecto el caso resuelto en la sentencia de 7 de enero de 1944. El deudor y un hermano suyo (demandados) celebraron en documento privado un acuerdo con el acreedor (demandante) por el que «como garantía de la deuda expresada (50.000 pesetas) y en pago condicional de la misma, ceden, traspasan y adjudican a favor del acreedor» determinadas máquinas y enseres, un derecho de superficie y un derecho de adquisición de una casa por un precio determinado; estas cesiones tenían el carácter de revocables siempre que el deudor pagase al acreedor

la cantidad adeudada; el deudor conservaba en su poder las máquinas y enseres en calidad de arrendatario; el acreedor se obligaba a vender a los demandados por una determinada cantidad los bienes y derechos cedidos. El acreedor alegó en su demanda que «ya se había consumado plenamente la cesión» que de las cosas muebles y derechos se había hecho mediante el mencionado contrato. La cuestión discutida por las partes era la de si el contrato hecho en documento privado se refería a una adjudicación en pago (tesis del demandante) o a una cesión en garantía (opinión de los demandados). La Audiencia declaró que se trataba de una cesión en garantía. El Tribunal Supremo estimó que a pesar de ciertas expresiones contradictorias que se observan en el contrato, su texto revela que lo que pactaron las partes fué una adjudicación en pago («Es por esto inconcebible legalmente la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda, porque el que paga no garantiza, sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho»). Este caso pone de relieve cómo un contrato de adjudicación en pago hecho en un documento privado (tal era, según la acertada interpretación del Tribunal Supremo, el carácter del contrato celebrado por las partes) tiene plena virtualidad aún antes de la realización de la nueva prestación convenida, ya que ésta (cesión de los bienes muebles y de los derechos) fué realizada, según declaró el demandante, como cumplimiento o consumación del contrato celebrado.

Puede también traerse a colación el caso a que se refiere la resolución de 13 de mayo de 1936. La deudora había confesado en una escritura notarial adeudar al acreedor 5.000 pesetas, obligándose a su devolución (con el interés del 4 por 100) en el plazo de un año; si la deudora no satisfacía su deuda en dicho plazo se entendería prorrogado el plazo indefinidamente hasta tanto que el acreedor requiriese notarialmente a la deudora, en cuyo supuesto debería concederle un plazo de tres meses para satisfacer el crédito; transcurridos estos tres meses sin haber sido pagada la deuda, se entenderían adjudicadas en pago las fincas descritas, debiendo dar el acreedor carta de pago de la totalidad de la deuda. El registrador se negó a inscribir alegando, entre otras razones, que la escritura contenía una obligación futura de transmitir el dominio que no era inscribible. El notario recurrió contra la nota del registrador, basándose en que en la escritura se había otorgado una adjudicación sujeta a condición suspensiva, una transmisión en pago actual, pero condicional, y que el acreedor adquiriría el dominio de las fincas adjudicadas tan sólo con acreditar el cumplimiento de la condición, sin necesidad de un nuevo otorgamiento por parte de la deudora. El presidente de la Audiencia revocó la nota del registrador. El registrador re-

currió alegando que el documento no podía ser inscrito por contener tan sólo un compromiso de adjudicar los bienes en su día. La Dirección General de los Registros y del Notariado revocó el auto apelado, declarando que «tanto con una interpretación gramatical y sistemática como del examen de la intención de los contratantes no se advierte la transcendencia real de la relación jurídica discutida y más bien se pone de relieve la existencia de un tipo de obligación facultativa—*una res in obligatione et altera in facultate solutionis*—en la que el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o adjudicando en pago determinadas fincas, y que, además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 18 del Reglamento hipotecario declara que no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble». El primero de los argumentos aducidos por la Dirección General no puede admitirse, ya que es evidente que el deudor antes de transcurrido el plazo señalado no podía extinguir la obligación mediante la transmisión del dominio de las fincas, sino tan sólo con la entrega de la *res debita* (cantidad adeudada y los intereses). Convence, en cambio, la afirmación de que no es inscribible la obligación de transmitir el dominio que contenía, según la interpretación sustentada por el registrador, el documento que se pretendía inscribir. Creemos que el registrador estaba en lo cierto al denegar la inscripción del documento: éste establecía una obligación condicional de transmitir en pago determinadas fincas, no una transmisión actual sujeta a condición suspensiva. Este caso nos muestra cómo la adjudicación en pago puede celebrarse en la vida jurídica *mero consensu* (con independencia de la entrega de la cosa) y someterse al juego propio de la condición suspensiva en los negocios obligacionales que no se han consumado todavía.

La *datio insolutum* se perfecciona, según acabamos de comprobar, en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación: la realización de la nueva prestación no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación en pago, sino que supone la ejecución o consumación de este contrato. Pero es posible que la *in solutum datio* se perfeccione y se consuma simultáneamente, de manera tal que no haya diferencia temporal alguna entre la constitución y la ejecución de la misma. En tales supuestos nos encontramos ante una dación en pago llevada a cabo como negocio o contrato manual. En el negocio manual la fase ejecutiva del contrato está eliminada por ir embebida en su proceso constitutivo (139); la conclusión del contrato coincide temporalmente con su consumación, y las obligaciones contractuales

(139) Vid. BARASSI: *Op. cit.*, vol. II, pág. 424.

son, por consiguiente, instantáneamente ejecutadas (140). No obstante, en el contrato manual la coincidencia temporal de perfección y ejecución del contrato es accidental, no esencial; no determina, como sucede en los contratos reales, una específica configuración del contrato, sino que supone una pura coincidencia material carente de consecuencias en cuanto a la estructura del negocio (141). El contrato manual supone más que una categoría independiente de contratos, una manera especial de llevar a cabo en algunas ocasiones determinados contratos. Dada la función extintiva de la relación obligatoria que desempeña la *datio in solutum*, será frecuente su celebración en forma manual (142). Sucederá a menudo que en el momento de proceder a cumplir la obligación el deudor realizará, con el simultáneo consentimiento del acreedor, una prestación distinta de la debida, o bien que el acreedor solicitará del deudor una prestación diversa de la que es objeto de la obligación, y el deudor la ejecutará inmediatamente. Por otro lado, en las adjudicaciones de inmuebles en pago de deudas el otorgamiento de la escritura pública de adjudicación supondrá, por aplicación análoga del artículo 1.462, apartado segundo del C. c. (143), la transmisión de la cosa adjudicada y, por ende, el cumplimiento del convenio de adjudicación, produciéndose la unión temporal de constitución y ejecución del contrato característica de los negocios manuales. El efecto transmisivo que tiene el otorgamiento de escritura en la adjudicación de inmuebles en pago de una deuda, ha sido puesto de relieve en la sentencia de 21 de diciembre de 1905. El demandante, a quien le había sido adjudicada mediante escritura pública una casa en pago de su crédito, exigió como dueño del inmueble el desahucio de los que lo ocupaban. El Tribunal Supremo decretó el desahucio declarando que la adjudicación en pago implica «todos los efectos legales que producen los contratos de

(140) Cfr. FORCHIELLI: *Op. cit.*, pág. 96.

(141) FORCHIELLI: *Op. cit.*, pág. 24.

(142) La posibilidad de efectuar la *datio in solutum* como contrato manual, ha sido entrevista por algunos autores alemanes. Afirma KOHLER (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, tomo II, Berlin, 1906, § 70, VII, pág. 190), con terminología un tanto imprecisa, que la dación en pago puede realizarse como *contrato real*, siempre que sin mediar un deber preexistente sea ofrecida y aceptada como cumplimiento de la obligación una prestación diferente de la debida. En términos parecidos indica HECK (*Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, § 58, 5. pág. 74) que los contratos extintivos, entre los que figura la *in solutum datio*, pueden llevarse a cabo como *contratos reales*.

(143) Señala LACRUZ BERDEJO (*Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1955, § 21, págs. 84 y sigs.) que el Código civil español, desarrollando la doctrina del Derecho común, desliga la tradición de toda relación posesoria en los artículos 1.462, apartado 2.º y 1.463, proposición 2.ª, y que consiguientemente a la tradición instrumental del artículo 1.462 perfecciona el acto transmisivo, en contra de lo que opina la doctrina dominante, en todo caso, sin necesidad de que el *tradens* posea la cosa. Esta tesis, que consideramos exacta, deberá también aplicarse a la *datio in solutum*.

venta», incluido el «valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura de venta a tenor de lo prescrito en el artículo 1.462 del Código civil». Si bien ha de rechazarse el medio técnico empleado (asimilación de la *in solutum datio* a la compraventa), es justo el resultado a que llega esta sentencia, y debe, por tanto, aplicarse a la dación en pago la doctrina de la *traditio per cartam* que establece el artículo 1.462 del Código civil español.

Hay que afirmar, en conclusión, que la dación en pago no es un contrato real. Podrá celebrarse en muchas ocasiones la *datio in solutum* como contrato manual; pero no influye ello en su estructura de contrato integrado por el acuerdo de extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida (momento constitutivo), y la efectiva realización de la nueva prestación (momento ejecutivo).

II. Para precisar la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, es preciso analizar separadamente el acuerdo por el que acreedor y deudor deciden que la relación obligatoria pendiente se extinguirá al ser realizada una prestación distinta de la debida, y la efectiva realización de la nueva prestación convenida.

1) En el Derecho civil español el convenio de dación en pago es, como hemos ya señalado, un contrato atípico; de esta característica habrá que deducir las oportunas consecuencias cuando se trate de fijar la disciplina jurídica de la *in solutum datio*. Este contrato no sustituye la obligación por una nueva (144), ni supone el cambio del objeto de la relación obligacional (145), sino que origina un nuevo medio de extinción de la relación obligatoria: la realización de la prestación convenida en lugar del pago (= *aliud*). El acuerdo de dar en pago de la obligación una cosa diversa de la debida abre un nuevo camino al «impulso a la extinción propio de las relaciones obligacionales» (146); ésta es la función económico-social (147) propia del convenio de dación en pago. Este convenio impone al deudor la obligación de realizar la prestación convenida en lugar del pago, y al acreedor la obligación de aceptar el *aliud* en lugar de la prestación debida; el acuerdo por el que se establece la *datio in solutum* es, por consiguiente, un contrato bilateral. La obligación del deudor de ejecutar el *aliud* no sustituye a la inicial relación obligatoria, ni pasa a ser parte integrante de la misma, sino que se añade a ella como un *novum* (referente a su momento extintivo). El convenio de dación en pago no altera la estructura de la relación obligatoria inicial; tan sólo otorga carácter extintivo a una prestación distinta de la debida, el *aliud*, que deberá ser realizada por el deudor

(144) Cfr. supra, § 3.

(145) Cfr. § 4 I.

(146) Expresión de LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 1.

(147) O «causa» en el sentido propugnado por BETTI, *loc. cit.*

y aceptada por el acreedor. Frente a los fiadores y terceros constituyentes de prenda o hipoteca en garantía de la obligación inicial, el contrato de *datio in solutum* será una *res inter alios acta*, y no afectará a su responsabilidad; fiadores y terceros garantes responden de la realización de la prestación debida, no de la ejecución del *aliud*, en cuya constitución no han intervenido.

Hemos dicho que el acuerdo de dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido creaba una nueva obligación (la de realizar el *aliud*) a cargo del deudor, y que esta nueva obligación lejos de sustituir a la obligación inicial, se agregaba a ella. La obligación de realizar el *aliud*, no reemplaza ni se identifica con la obligación inicial, pero, por dirigirse precisamente a su extinción, depende de ella. No puede concebirse la obligación de dar en pago una cosa diversa de la debida sin la existencia de la obligación en pago de la cual debe darse; si el deudor nada debiese al acreedor, no podría éste exigirle que en lugar de lo debido le entregue algo distinto (148). La obligación de realizar el *aliud* no es una obligación independiente; su existencia y subsistencia están subordinadas a la existencia y subsistencia de la obligación para cuya extinción fué establecida. La obligación de realizar el *aliud* se encuentra en relación de dependencia con respecto a la obligación inicial. La obligación de realizar el *aliud* correrá, por tanto, la suerte de la obligación inicial. Si ésta desaparece por devenir imposible la prestación debida, por condonación o por confusión, también dejará de pesar sobre el deudor el deber de llevar a cabo el *aliud*.

Aun cuando la obligación de dar en pago es accesoria de la relación obligatoria a que hace referencia, la extinción de ésta ha de hacerse, una vez convenida la *datio in solutum*, no mediante el cumplimiento de la prestación inicialmente debida, sino a través de la realización del *aliud*. La obligación de realizar el *aliud*, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a la ejecución se refiere. Mientras el acreedor y el deudor no resuelvan por mutuo disenso el convenio de dación en pago o éste no deje de surtir efecto (149), la realización del *aliud* será preferente a la de la prestación objeto de la obligación. Establecida la *in solutum datio*, el deudor está obligado a reali-

(148) En este sentido GERNSEHM (*Die Ersetzungsbezugnis*, en Eberings Studien, volumen XXXII, Berlin, 1906, pág. 55) quien indica que *wenn gar nichts geschuldet wird, kann auch nicht an Stelle des Geschuldeten etwas anderes verlangt werden. Wo kein rechtlicher Zwang zur Erfüllung besteht, kann auch kein Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt bestehen.* En términos muy parecidos se expresa PESCATORE (*Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880, pág. 270) que dice que *eine Hingabe an Erfüllungsstatt und folgeweise ein Zwang zu derselben ist doch nun so lange denkbar, als es eben etwas zu erfüllen gibt.*

(149) El contrato de *datio in solutum* podrá ser impugnado cuando en su constitución haya intervenido una voluntad viciada, etc.

zar el *aliud* y podrá ser condenado a ejecutarlo, y el acreedor se ve, por su parte, constreñido a recibir el *aliud*, el cual podrá ser consignado judicialmente si a ello hubiere lugar. El contrato de dación en pago impone al deudor el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la debida, no le concede la simple posibilidad de liberarse con la realización del *aliud*, y no se identifica, por tanto, con el pacto que establece una *facultas alternativa* a favor del deudor; por otro lado, este contrato no se limita a autorizar al acreedor para exigir del deudor la realización del *aliud*, sino que también le obliga a recibir el *aliud* en lugar de la prestación debida, y no introduce, por consiguiente, una *facultas alternativa* a favor del acreedor (150). El convenio de *datio in solutum* vincula por igual a acreedor y deudor: la extinción de la relación obligatoria pendiente deberá verificarse, mientras tenga vigencia el convenio concertado, mediante la realización de la nueva prestación. El mutuo disenso de acreedor y deudor que deja sin efecto el convenio de dación en pago, supone la desaparición de la obligación del deudor de realizar el *aliud* y del deber de aceptarlo que pesa sobre el acreedor, y representa la vuelta a la ejecución de la prestación debida, que subsiste inalterada con las garantías que la refuerzan, como medio extintivo de la obligación; no implica la resurrección de la extinguida obligación inicial o de la desaparecida prestación que constituía su objeto, artificiosas construcciones a que llevarían las teorías de la novación y de la modificación objetiva respectivamente. El convenio de dación en pago impone recíprocamente, según vimos, obligaciones a deudor y acreedor. De consiguiente, el acreedor podrá en su caso, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.124 C. c., exigir el retorno a la realización de la prestación objeto de la obligación inicial como medio de extinción de la misma; otro tanto podrá hacer el deudor cuando el acreedor se oponga a la extinción de la relación obligacional mediante el *aliud*.

2) La realización de la nueva prestación convenida supone:

1.º La consumación o ejecución del convenio de dar en pago, o

(150) Es inexacto afirmar, como hacen, con ligeras variantes, RÖMER (*Op. cit.*, § 5 págs. 68-76), HASENÖHRL (*loc. cit.*) y BERNDORFF (*Op. cit.*, § 2, páginas 16-17), que el convenio de *in solutum datio* establece en algunos supuestos (cuando el deudor puede extinguir la obligación con la realización del *aliud*) una *facultas alternativa* a favor del deudor, y en otros (cuando el deudor debe ejecutar el *aliud* para extinguir la relación obligatoria) una *facultas alternativa* a favor del acreedor. Esta tesis, basada en una reducida visión de la *datio in solutum* (RÖMER y BERNDORFF la configuran como contrato real, según hemos visto), desconoce el carácter unitario que debe tener la institución, niega su independencia dogmática e ignora los rasgos peculiares que claramente la diferencian de otras figuras jurídicas. Un contrato en el que se establece que el deudor puede realizar una prestación distinta de la debida o bien que el acreedor puede exigirla (sin venir obligado a recibirla), no podrá en modo alguno considerarse como un convenio de dación en pago.

sea, el cumplimiento de la obligación de ejecutar el *aliud* que el deudor asumió en este convenio; por consiguiente, la prestación en que el *aliud* consista, se realizará *solvendi causa*. 2.º La extinción de la relación obligatoria principal en pago de la cual se efectúa la nueva prestación convenida. La realización de esta nueva prestación satisface, como lo hace el pago, aunque en distinta forma, el interés que el derecho de crédito representa para el acreedor (151); por ello, algunos autores (Gierke, Crome, Ruggiero-Maroi, Colagrosso) llaman a la *datio in solutum* «equivalente o sucedáneo del pago». Al ser realizado el *aliud*, se extingue la obligación principal; el acreedor vendrá obligado a otorgar carta de pago de la misma al deudor, y se extinguirán todas las garantías que reforzaban la relación obligatoria. En el momento de ser realizada la nueva prestación quedarán libres los fiadores (art. 1.849 C. c., *cf. supra* § 3, III), el deudor o el tercero constituyente podrá pedir la restitución de la prenda (art. 1.871 C. c.) y deberán ser canceladas las hipotecas que aseguraban el crédito (*cf. art. 144 L. H.*).

La realización del *aliud* constituye una atribución patrimonial que el deudor hace al acreedor; esta atribución patrimonial puede consistir en la transmisión de una cosa o un derecho, constitución de un derecho, prestación personal de servicios por parte del deudor; etc. (152). Nos interesa destacar cuál es el carácter (oneroso o gratuito) de la transmisión patrimonial (entendida la expresión en un amplio sentido que comprende la constitución *ex novo* de un derecho, etc.), en que el *aliud* puede consistir. La determinación del carácter oneroso o gratuito de esta transmisión tiene gran trascendencia para fijar su régimen jurídico; de la solución de este problema dependen cuestiones tan interesantes como la posibilidad del saneamiento por evicción o vicios de la cosa, los presupuestos de la acción revocatoria o pauliana, la revocación de donaciones, reducción por inoficiosidad, colación, etc.

La transmisión en que puede consistir el *aliud* se realiza, según hemos visto, *solvendi causa* (con el fin de extinguir una obligación). Aunque algunos autores han sostenido que la transmisión *solvendi causa* es siempre una transmisión a título oneroso (153),

(151) Señala LARENZ (*Op. cit.*, § 2, pág. 17) que la relación obligatoria puede ser considerada como un «proceso» cuyo fin es la satisfacción del interés del acreedor. La satisfacción del interés de acreedor, añade, tiene lugar ordinariamente mediante la realización de la prestación debida, pero puede también producirse por otros medios entre los que figura la dación en pago.

(152) Acerca de las diversas formas en que puede realizarse una atribución patrimonial, vid. por todos VON TUHR: *Teoría general del Derecho civil alemán*, tomo V de la traducción castellana (Buenos Aires, 1948), § 71, págs. 58 y sigs.

(153) En este sentido se expresan, entre otros, LENEL, WINDSCHEID, COSACK y JAEGER (vid. citas en VON TUHR: *Op. cit.*, § 74, pág. 164, nota 54).

la doctrina actualmente mantiene que no toda transmisión *solvendi causa* tiene carácter oneroso; indica acertadamente Von Tuhr que «respecto de la cuestión de la onerosidad, la *causa solvendi* en que se funda el cumplimiento de las obligaciones... carece de significado; es necesario remontarse a la causa más profunda del acto de cumplimiento, es decir, a la causa del negocio que dió nacimiento a la obligación» (154). Para determinar el carácter de la transmisión es necesario, según esta doctrina que consideramos aceptable, remontarse al negocio que originó la obligación de realizar el *aliud*. Si bien es indudable que este negocio es el convenio de dación en pago, creemos, sin embargo, que la «causa más profunda» de la transmisión no debe burcarse en este convenio, sino en el contrato fuente de la obligación en pago de la cual se realiza el *aliud* (transmisión), y con vistas a cuya extinción se estableció el convenio de *datio in solutum*. El convenio de *datio in solutum* nada nos dice acerca del carácter oneroso o gratuito de la realización del *aliud* (155), ya que constituye un simple medio para la consumación del contrato fuente de la obligación inicial. Este será el contrato al que es necesario atender para determinar la onerosidad o gratuidad de la transmisión. De ordinario este contrato será un contrato con prestaciones recíprocas (cfr. art. 1.274 C. c.), y la transmisión en pago tendrá, por consiguiente, carácter oneroso; pero puede suceder que el *aliud* se ejecute en cumplimiento de una promesa de donación que haya sido aceptada (156), en cuyo caso la transmisión será hecha a título gratuito. Es posible que el convenio de *in solutum datio* se refiera a la extinción de una obligación que no se funda en un contrato, por ejemplo, una obliga-

(154) *Op. cit.*, pág. 166: en igual sentido OERTMANN, CHAMPEAUX, MOSCO y RUBINO, citados por OPPO: *Adempimento e Liberalità*, Milán, 1947, página 212, nota 2. Todavía puede hablarse de una tercera postura. OPPO (siguiendo a otros autores, cfr. la nota tercera de la página 212 de su obra) cree incluso que las categorías de onerosidad y gratuidad no pueden aplicarse a la *solutio*, sino tan sólo al negocio del que el pago es ejecución. Con todo, OPPO reconoce que gratuidad y onerosidad al caracterizar el contrato, se reflejan en su momento ejecutivo, aunque no lleguen a determinar un segundo acto oneroso o gratuito (*Op. cit.*, pág. 215). La opinión de OPPO es recogida en la doctrina española por MARTÍN BLANCO: *Onerosidad, gratuidad y causa*, RDP, 1952, págs. 494 y 504-505.

(155) Indica BARASSI (*Op. cit.*, III, pág. 916) que el contrato de dación en pago no es realmente un contrato a título oneroso, sino un contrato que contiene una subordinación recíproca de intereses opuestos, la cual se acentúa cuando la nueva prestación se refiere a la extinción de una obligación procedente de un contrato a título oneroso.

(156) Por ejemplo, si habiéndose donado en documento privado un bien mueble y constando por escrito la aceptación (cfr. art. 632 C. c.) se entrega en cumplimiento de la donación una cantidad de dinero a una cosa mueble distinta de la donada. Debido a los efectos de la *traditio per cartam* (vid. *supra*, nota 143), difícilmente se presentará este supuesto cuando se haya donado un bien inmueble (cfr. art. 633 C. c.).

ción de indemnizar daños y perjuicios derivada de un hecho ilícito culposo (art. 1.902 C. c.). En tal supuesto no cabe hablar de onerosidad o gratitud del cumplimiento de la obligación (157), ni, por consiguiente, plantear esta cuestión con respecto a la realización del *aliud*.

(157) Vid. por todos MOSCO: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milán, 1942, pág. 36.

