

# LA DACIÓN EN PAGO (*IN SOLUTUM DATIO*) DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO ACTUAL

José de Jesús Ledesma Uribe  
*Universidad Nacional Autónoma de México*

José María Sáinz y Gómez Salcedo  
*Universidad Nacional Autónoma de México – FES Acatlán*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Orígenes en el derecho ático. Su discutida recepción en Roma. – 3. Formación de la figura en la época clásica del derecho romano. – 3.1. Concepto. Fuentes reales. – 3.2. El principio de la exactitud material en el pago. – 3.3. Fuentes de producción. – 3.4. Medidas decretadas por Julio César. – 3.5. La controversia entre Sabinianos y Proculeyanos. – 3.6. Jurisprudencia romana de Gayo a Marciano. – 3.7. Preliminares clásicos del beneficio de dación en pago. – 4. Evolución en la época postclásica. – 4.1. Diocleciano. – 4.2. Sigue la tendencia hacia la asimilación de la dación en pago con la compraventa. – 5. Bajo Justiniano. – 5.1. Adopción de la tesis sabiniana. Consecuencias dogmáticas y doctrinales. – 5.2. Beneficio de dación en pago necesaria o forzosa. – 5.3. Lesión. – 6. La recepción de la institución. – 6.1. Condiciones socio-económicas de la alta edad media. – 6.2. Derecho longobardo y romano-bárbaro. – 6.3. En el Fuero Juzgo. – 6.4. Fin de la alta edad media. – 6.5. La glosa y sus seguidores. – 6.6. En las Siete Partidas. – 7. México. – 7.1. Alusión al derecho azteca. – 7.2. La recepción del derecho español. – 7.3. Los primeros decenios del México independiente. – 7.4. Los primeros códigos. – 7.5. Siglo XX. – 8. Panorama de la figura en el derecho comparado. – 8.1. Francia. – 8.2. España. – 8.3. Alemania. – 8.4. Italia. – 8.5. Argentina y otros derechos de Latinoamérica. – 9. Tendencias actuales y posibilidades de unificación jurídica.

## 1. Introducción

Hoy es indiscutible que la dación en pago constituye un importante capítulo de la dogmática de las obligaciones no solamente civiles. Se cuestiona a menudo acerca de su origen histórico y se responde las más de las veces con pobreza y superficialidad, que el instituto procede del derecho romano y de ahí se recibió en los códigos civiles. Es cierto, como arriba expresamos, que a la fecha la dación en pago se presenta no sólo en el derecho privado sino también en el público, e incluso en el campo de las transacciones de carácter internacional.

Lo anterior significa que este tema corresponde plenamente a la teoría del acto jurídico tal como se le concibe en el derecho de nuestros días.

Es verdad, que por pertenecer a una de las manifestaciones más puramente técnicas del derecho y del derecho civil a la vez, este tema es de los que en términos generales presentan pocas alteraciones a lo largo de la historia y también pocas variantes en el panorama actual que muestra el derecho comparado. Lo anterior ha constituido, quizás, motivo para que los estudiosos tanto del derecho romano, como los de la historia del derecho y aun los mismos civilistas, se preocupen poco por el estudio de la dación en pago.

El descuido del que ha sido objeto esta temática, no se justifica completamente. Como se verá más adelante, aun en el mismo derecho elaborado por Roma, primero en el que se provee de verdadera estructura sistemática a esta materia, las dudas, discusiones y posibilidades de solución, son abundantes. Pocos temas de la teoría de las obligaciones, como éste que hoy nos ocupa, presentan empero tan favorables posibilidades de ser explorados desde el derecho de Roma y pasando a través de la edad media para encontrarse después en los códigos civiles actuales. Pensamos que solamente a través de un examen histórico, se podrá entender a qué obedecen las diversidades, por pocas que se les suponga, algunas bastante hondas, que en nuestro tiempo originan serios problemas en la aplicación de leyes extrañas, al presentarse un conflicto de los llamados de derecho internacional privado.

Existen, no obstante, buenas posibilidades jurídicas de unificación, desde luego para Latinoamérica, pero también para el resto del mundo jurídico. Al buscarse tal unificación, será menester salvar más bien obstáculos de orden político, regional y nacional como siempre ha sucedido en estos procesos.

El hecho real de que la dación en pago, al igual que el resto de la dinámica obligacional, se encuentre por ahora regulada dentro del código o los códigos civiles, parece obedecer a razones meramente históricas dentro de las cuales la inercia natural que se observa en la legislación de los sistemas de derecho escrito, tiene como importante consecuencia la estratificación jurídica.

La dación en pago se origina históricamente, cuando un derecho ya duramente desarrollado en su dogmática, cual fue ciertamente el romano, reconoce poder jurídico modificador del orden interpersonal a la voluntad humana. Se requiere, además, la introducción de tiempo atrás del circulante monetario a fin de que se genere la verdadera hipótesis de aparición a socio-jurídica de la dación en pago<sup>1</sup>. Evidentemente,

---

<sup>1</sup> Aunque teóricamente, no parece indispensable absolutamente que antes de que un grupo social posea moneda acuñada. Puede darse la figura en la amplia hipótesis es de que ambas partes estén de acuerdo en modificar la forma de pago. No obstante el supuesto clásico con el que trabajó el derecho romano, primero que de manera sistemática estudió la institución, fue el pacto por el cual se acordaba que una obligación de dar dinero o alguna otra cosa cierta y determinada, pero habitualmente genérica, se satisfaría con algún bien de naturaleza específica. Evidentemente, al margen de cualquier explicación de índole histórica, la dación en pago es un acto de disposición del crédito por parte del acreedor y lo es también desde el ángulo del deudor. Por ello, ambas partes o en su caso los respectivos mandatarios deben tener la capacidad y legitimidad necesarias para disponer del crédito o deuda y asumir la nueva

estas circunstancias de orden espiritual, social y económico no aparecen nítidamente antes de Roma. Sin embargo, el alto grado de desenvolvimiento que alcanzó el derecho ático dentro del grupo de los ordenamientos jurídicos griegos, puede permitirnos encontrar ricos antecedentes gracias, principalmente, a las enjundiosas investigaciones que en tal campo debe la historia del derecho a Ugo E. Paoli.

Para terminar esta introducción, fijemos el concepto de dación en pago para precisar y entender mejor la formación histórica de la figura.

La dación en pago la define Gutiérrez y González como «un convenio en virtud del cual un acreedor acepta recibir por pago de su crédito un objeto diverso del que se le debía». Continúa el mismo tratadista que «la dación en pago, requiere de los siguientes elementos: la existencia de una obligación o derecho de crédito, que el deudor ofrezca cumplir su obligación con un objeto diferente del debido, que el acreedor acepte ese cambio de objeto, que el objeto que se entrega a cambio sea dado en pago». Obviamente este negocio jurídico de carácter liberatorio, como se asentó más arriba, es modificativo del orden jurídico precedente y por ello ha de apoyarse en la aceptación voluntaria que haga el acreedor de la oferta del deudor. Nótese la semejanza con la dinámica de formación del contrato promesas-aceptación.

Se diferencia la dación en pago de las obligaciones alternativas y facultativas, en que en éstas se ha previsto desde su nacimiento una pluralidad de objetos, pudiendo pagarse ya a elección del deudor que es lo más frecuente, ya a elección del acreedor, con alguno de ellos. Tratándose de las obligaciones citadas, no hay modificación alguna del orden establecido originalmente.

Normalmente la dación en pago se ha entendido como un acuerdo entre acreedor y deudor que se formaliza con el cumplimiento de la obligación en la forma subrogada aceptada por las partes. Es un fenómeno que se origina con motivo del pago y que debe distinguirse pulcramente de la novación por cambio de objeto. Tratándose de la novación, estrictamente hablando, no existe pago de la primera obligación. Es posible que una obligación pura y simple, se transforme por novación objetiva en otra de carácter alternativo o facultativo o simplemente que se cambie su objeto, no obstante, lo cual quedará pendiente de ser satisfecha la nueva obligación conforme a lo convenido por las partes.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, no obstante que en el derecho más reciente tiende a limitarse, nada se opone a la concentración de la promesa

---

modalidad de pago convenida. Así, si alguno de los acreedores de las partes resultara afectado con la concertación del convenio de dación en pago, puede ejercer la acción pauliana para exigir que se revoque el acto de disposición en la medida estrictamente necesaria para que se hagan efectivos los créditos correspondientes (Ver C. GRASSETTI, s.v. *Datio in solutum (diritto civile)*, en *NNDI*, V, Torino, 1960, pp. 174 y ss.).

Nuestro Código civil, siguiendo la actitud lacónica al decir de Josserand, del Frands, no se refiere a la dación en pago fuera de los artículos 2087, 2095 y 2096.

a cumplirse en el futuro la dación en pago, sea cuando es obligatoria unilateralmente por el solo acreedor o cuando es recíproca. En el primer caso, ambas partes, han convenido en que si a la fecha de cumplimiento de la obligación, el deudor lo desea, podrá liberarse de la deuda pagando con un objeto diferente del debido, en este caso, que debe ser respetado en fuerza al acuerdo por el acreedor, nos encontramos con una transformación de la obligación original en una obligación facultativa. Ciertamente se trata de una modalidad de la novación objetiva por lo que hace a las posibilidades liberatorias que el deudor tiene a su disposición.

En cuanto a la promesa que aceptan bilateralmente ambas partes, la posibilidad de dar otro objeto en el sitio del debido primitivamente, originará una novación objetiva que implicaría, pues, la extinción de la obligación primera independientemente del cumplimiento de la segunda, solamente en la medida en que verdaderamente nazca efectiva y válida la nueva obligación, ya que la causa de extinción de la anterior es el nacimiento de la posterior<sup>2</sup>.

De acuerdo con nuestra legislación civil, la dación en pago se ha referido habitualmente a las obligaciones de dar; sin embargo, no existe ni precepto ni principio de derecho que se oponga a otras posibles combinaciones dentro del terreno de lo lícito.

A semejanza de los contratos reales, la dación en pago se perfecciona realmente y se distingue de otras figuras afines hasta que se lleva a cabo el pago o un principio de pago, de acuerdo con el nuevo acuerdo habido entre las partes.

---

<sup>2</sup> Nuestro Código civil se inclina hacia la teoría causalista entendiendo que el acreedor acepta la nueva forma de pago en la medida en que verdaderamente sea idónea y subsistente, de lo contrario la obligación original permanece intacta. Ni siquiera sería posible que las partes acuerden de antemano una renuncia a la invalidez de la dación en pago que recaiga sobre cosa ajena, ya que el mandato contenido en el art. 2087 se refiere a la prohibición de la enajenación de cosa ajena y su infracción origina nulidad absoluta, y como tal, irrenunciable. Otra cosa bien distinta, será el aceptar una cosa litigiosa a sabiendas de ello el acreedor, o recibir simplemente los derechos a continuar la posesión que en su caso puedan conducir a la prescripción adquisitiva. Nuestra legislación civil, no resuelve tampoco el delicado problema de la subsistencia o insubsistencia de las garantías reales o personales de la obligación primitiva. A este respecto, y no es nuestra intención abundar en tan delicado asunto, será menester tener presente si las garantías pueden permanecer subsistentes por su propia fuerza, ejemplo que la cosa, en caso de ser reales, siga existiendo, etc. En materia de fianza, el espíritu que se desprende de los artículos 2848 y 2849, más bien haría inclinarse por la negativa. El derecho comparado, aún nos muestra una gran diversidad de opiniones al respecto, ver *Novissimo Digesto Italiano*. En Roma, fue posible considerar subsistentes las garantías de la obligación primitiva en la concepción de la escuela proculeyana para la cual, no siendo en tiempos clásicos la *datio in solutionem* una forma reconocida por el *ius civile*, extingüía *ope exceptionis* el vínculo obligacional. Empero esta actitud fue abandonada por Justiniano bajo cuyo derecho se esboza más bien la acción de saneamiento. Es curioso observar como emplea mal el artículo 2096 de nuestro Código civil el vocablo evicción, cuando el fenómeno no engendra una acción de saneamiento sino que se trata de la dación y subsistencia por ende del crédito primero. A este propósito, el artículo 1197 del Código civil italiano deja aclarado el problema al prescribir siguiendo al 1929 del Código anterior, que en caso de evicción no resurgen o diríamos nosotros no subsisten, las garantías prestadas por terceros. La doctrina discute acaloradamente hasta qué punto la última parte del citado precepto se opone también a la permanencia de las garantías reales.

## 2. Orígenes en el derecho ático. Su discutida recepción en Roma

Sabemos por el estudio que al propósito guarda la investigación, que una de las materias que mayormente desarrolló el derecho de la región de Atenas fue la hipoteca. Tratándose de la hipoteca que encuentra su origen en la convención habida entre las partes, este derecho dispuso un procedimiento de ejecución muy similar a la subasta pública, a través del cual, se enajena el bien gravado y el acreedor obtiene satisfacción con el precio conseguido.

Parece haber existido desde época bastante antigua en el área del comercio del Mediterráneo occidental, especialmente Grecia y Roma, la práctica consistente en que el acreedor insatisfecho, cuando gozaba por disposición legal y no por convención *inter partes* de garantía hipotecaria o prendaria, pudiese tomar posesión de la garantía después de repetidos intentos infructuosos para conseguir el pago<sup>3</sup>. Esta sería la hipótesis que hizo crisis en Roma a causa de la *voracitas creditorum* al prohibirse terminantemente el pacto comisorio expreso que derivaba de la *missio in possessionem* y que se practicaba de manera muy semejante en Grecia y en Roma. Sobre la naturaleza de ese pacto comisorio o *lex commissoria*, no hay acuerdo entre los romanistas; sin embargo, parece obtener mayores seguidores día a día, la idea de que pudo haber llegado a Roma a principios de la era cristiana procedente de las prácticas griegas y en especial atenienses de la *hyperocha*.

Un núcleo importante de romanistas, se inclina por entender la *lex commissoria* a la manera del *pactum de vendendo*, que daría un verdadero *ius distrahendi* al acreedor en caso de falta de pago del crédito. Lo cierto es que en el año 326, Constantino prohibió rotundamente esta práctica consistente en que el acreedor deviniera propietario de la cosa hipotecada<sup>4</sup>.

También el derecho ático dispuso la cesión forzada a favor del acreedor de ciertos bienes del deudor. No olvidemos de modo paralelo en Roma la existencia de la *cessio bonorum* de la que trataremos más adelante.

Queriendo protegerse en Atenas al pupilo por deudas derivadas de la responsabilidad del tutor y a la mujer por lo que atañe a la restitución de la dote, se estableció que en tales casos, el pago podría ser exigido por el acreedor si así lo deseaba “en especie”. Como puede verse se buscaba afanosamente proteger a estos acreedores que por razones de interés general, se consideraban privilegiados<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Ha podido conjeturarse que ya desde la época en que la justicia se impartía de manera doméstica o *inter gentes*, tiempos pre-cívicos y primeros de la monarquía, existiese la práctica de hacer valer por sí mismo el derecho a apropiarse de la garantía prometida en caso de incumplimiento de la prestación debida. De aquí, surgiría más adelante la menos clara y conocida de las cinco acciones de la ley de las que nos habla Gayo, esa *pignoris capio* o toma de la prenda.

<sup>4</sup> CTh. 3.2.1; C. 8.34.3.

<sup>5</sup> A más de proteger al acreedor, se buscaría también alguna protección en favor del deudor, ya que la imposibilidad de pago originaba en Atenas serias consecuencias de orden jurídico y social. Quizás se trate de un precedente del *beneficium competentiae* que los juristas romanos clásicos pulieron con bastante acierto, este punto no ha sido aún esclarecido suficientemente.

Ciertamente, las exploraciones que se han hecho hasta hoy por los terrenos de la experiencia jurídica ateniense, no muestran importantes preces denles en materia de dación en pago. Aun los casos mostrados arriba, se refieren a dación en pago forzosa, mas no al negocio convencional tal como hasta hoy se ha conservado. Lo anterior nos lleva a pensar, mientras esta afirmación no deba ser rectificada por descubrimientos que no parecen probables, que en efecto, este acto jurídico nació en Roma.

No debe perderse de vista sin embargo, que en tiempos postclásicos, se desarrolla en el derecho romano la dación en pago forzosa o necesaria, que más adelante, al ser regulada ampliamente por Justiniano, se entiende como un beneficio que el emperador concede en sus constituciones y novelas a favor de ciertos sujetos o deudores privilegiados, tales como la Iglesia y varias *piae causae*. Hasta donde llegan los datos que tenemos a la vista, no parece haberse investigado suficientemente en la romanística de nuestro tiempo, si tal actitud de Justiniano pueda derivar del conocimiento y difusión de tales prácticas griegas. Lo que nos parece convincente y prácticamente fuera de duda es el hecho de que aún durante el siglo de Justiniano se mantuvieran arraigadas esas costumbres en suelo de Oriente. Parecería pues natural, suponer que el emperador las habría reglamentado encontrando una feliz fórmula combinatoria en la noción de *beneficium* con la de *in solutum datio*. Lo cierto es que esta figura comienza a desvanecerse a lo largo de la edad media, especialmente en la baja, y en términos generales, puede verse que en nuestros días no existe fuera de algunos supuestos muy singulares<sup>6</sup>.

### 3. Formación de la figura en la época clásica del derecho romano

#### 3.1. Concepto. Fuentes reales

Una vez que logra la jurisprudencia romana delinear la dación en pago probablemente en el siglo I. a.C., se entiende de manera amplia. Comprende la posibilidad de

---

<sup>6</sup> No debe confundirse la figura con supuestos de pago en especie que no suponen convenio alguno modificadorio del crédito inicial que es lo que distingue específicamente a la dación en pago. Así por ejemplo, en materia de legislación que regula los recursos no renovables, existe un decreto por el que se dispone que el pago del impuesto sobre producción de cobre armado o electrónico se hará en especie conforme al artículo 12 de la Ley de impuestos y fomento de la minería. A la inversa, sobre aquellas materias respecto de las cuales se encuentra prohibida a su exportación, no podrá convenirse, so pena de incurrir en responsabilidad y civilmente en ilicitud en el objeto, dación en pago o negocio alguno por los cuales se obligue alguna de las partes a entregar a otra en el extranjero la materia de importación vedada cual es el caso del oro. Un caso especial de dación en pago necesaria y que evidentemente ha existido ya en la experiencia jurídica romana y pre-romana es el del remate de bienes del deudor que se finca en beneficio del acreedor. Ver reglamentación procesal respectiva. No se trata propiamente sino de una forma extintiva de obligación que deriva de la irresponsabilidad de cubrir de otra manera el crédito. Más cercano a la voluntad, es el pacto por el cual se conviene en el momento del pago (no antes para evitar la ilicitud del pacto comisorio) en que el acreedor prendario podrá aplicar en pago de su crédito la cosa pignorada empero en este último caso, estarnos propiamente dentro del terreno del convenio modificativo que reviste el carácter de una verdadera *datio in solutum*.

pagar con cosa genérica o específica en lugar de una suma de dinero debida, de dar una cosa por otra y también de pagar con una suma de dinero en vez de cosa cierta y determinada. Se discute fuera posible pagar con un *facere* una obligación de *dare*, sin embargo, no parece haber una fuerte oposición en este sentido, especialmente dentro del clima de libertad que se desprende en época tardía de la aceptación de los llamados contratos innominados. Queda excluida del concepto la combinación de dar y hacer con las obligaciones de “no hacer”, ya que en caso de incumplimiento de estas últimas, el pago hecho de otra forma, encuadra más bien para los romanos dentro del concepto de indemnización y por ello no han requerido de la *in solutum datio*<sup>7</sup>.

Se verá más adelante cómo Justiniano acepta que la cesión de un crédito en que el deudor figura como acreedor de un tercero, se asimile a la dación en pago. Con esto se aprecia, como lo advierte S. Solazzi que Justiniano sigue de cerca los pasos de la actitud griega, quizás especialmente ateniense.

Hasta ahora nos es casi imposible datar de manera absoluta y directa el momento en el que en Roma se aceptó con validez y reconocimiento por parte del orden de derecho a la dación en pago. Lo cierto es que ya sabinianos y proculeyanos discuten al margen del concepto de la figura, los efectos que produce tanto sustantiva como procesalmente. Parece desprenderse de su debate, el que ya se ha asimilado su validez y su concepto. Estas noticias que nos ha transmitido Gayo permiten suponer que cuando menos desde el siglo I a.C., existía cierta familiaridad de los juristas con la figura<sup>8</sup>.

La dación en pago considerada como una convención lograda entre las partes, deriva de la necesidad de facilitar el pago al deudor. Es fácil entender que en muchas ocasiones por razones del comercio jurídico mismo, el acreedor haya preferido recibir cosa distinta a ruegos del deudor – *pro rogationem debitoris* – a tener que acudir ante los tribunales o correr el riesgo de sufrir un eventual estado de insolvencia del propio deudor, especialmente en aquellas obligaciones que carecen de garantía. No habrá de excluirse sin embargo, la posibilidad de que en un momento dado, el mismo acreedor sea el proponente de la operación<sup>9</sup>.

Es posible, hipotéticamente hablando, que aun en aquellas sociedades que todavía no tengan el circulante monetario acuñado o inclusive ni siquiera el metal en bruto – *aes* – como en algún tiempo sucedió en Roma, se pudiese dar la dación en pago, en tanto que se puede dar la sustitución de una prestación por otra. Empero el supuesto clásico de la figura, se presenta cuando a la obligación de dar dinero u otras cosas genéricas, se sustituye la entrega por la de otra cosa o viceversa.

---

<sup>7</sup> Salvo quizás, cuando no se espera al incumplimiento de la abstención.

<sup>8</sup> Gai. 3.168.

<sup>9</sup> Cabe pensar que sea el acreedor quien tenga interés en la operación. Podría ocurrir en Roma que el legatario de cosa ajena, no pudiera ser satisfecho porque el heredero no consiguió adquirir la cosa, en tal caso podría tener interés en conservar alguna otra cosa del testador, ciertamente para ello, era indispensable el acuerdo de ambas partes, pues el deudor cumplía pagando la *aestimatio*.

### 3.2. *El principio de la exactitud material en el pago*

Consiste en la necesidad de que el deudor satisfaga la prestación con el contenido mismo del *debitum*. Aquí se halla un caro sentimiento de simetría que deriva del formalismo primitivo y de la lógica del entendimiento romano. Ha de haber simetría entre el contenido de la obligación y la satisfacción que presta el deudor, de otro modo, no hay verdadera *solutio* y, por ende, el vínculo subsiste; subsiste también y por entero, cuando la obligación ha sido pagada sólo parcialmente.

De este principio sale claramente fortalecida la buena fe y por lo mismo la seguridad jurídica tanto en el campo de la contratación como en el de la satisfacción de las otras obligaciones o sea de las hoy llamadas extracontractuales.

Estos principios de evidente lógica para el derecho romano de la República, han sido ya enunciados por los juristas de la época preclásica<sup>10</sup>. Posteriormente, la exactitud material del pago es expresada por el jurista romano Paulo en un texto que nos han conservado los bizantinos<sup>11</sup>. Hoy, aunque con menos insistencia de la que se encuentra en los códigos civiles del siglo pasado, todavía encontramos este principio enunciado tajantemente en nuestro derecho al establecer en el art. 2012 del Código civil del D. F. El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor. Este precepto deriva directamente del Código Napoleón de 1804.

### 3.3. *Fuentes de producción*

La alteración de la prestación originalmente debida exige por consiguiente la autorización expresa del acreedor. He aquí, pues, la primera fuente de la dación en pago: la voluntad de las partes. Evidentemente, no basta la sola voluntad del sujeto pasivo sino la de ambas partes. Como ya se dijo antes, la dación en pago puede recaer también sobre obligaciones que han nacido por causas diversas del contrato; pero que se encuentran pendientes de cumplimiento. Excepcionalmente el derecho actual limita esta posibilidad en algunos casos como pueden ser la deuda alimenticia, el pago de salario, etc. Empero, siempre la dación en pago es un negocio jurídico formado por la conjunción de voluntades de las partes.

Esta dación en pago voluntaria, valga la redundancia, es la típica y genuina figura así llamada. Existe en el derecho de Roma otra posibilidad que hoy prácticamente no se da y que consiste en que en ciertos supuestos, el acreedor puede ser obligado por la ley a recibir determinada prestación diversa de la originalmente debida en pago del crédito. Se trata del beneficio en favor del deudor, de dación en pago que

---

<sup>10</sup> De ellos nos da noticia Gai. 3.168 y I. 3.29 pr.

<sup>11</sup> D. 12.1.2.1 (Paul. 28 *ad ed.*): [...] *aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*



Justiniano establece en favor de la Iglesia, de *piae causae*, de algunos locatarios, etc. En este caso excepcionalmente derogatorio del principio de la exactitud material en el pago, la fuente de producción de la figura se localiza en la ley y deriva de algún determinado “favor”, es decir, del especial interés del legislador en proteger a algunos deudores. Notamos ya las semejanzas con la actitud que di respecto encontramos en el derecho ático.

Por último, una tercera derogación del principio que venimos comentando por la que el acreedor debe resignarse a ser satisfecho con cosa diferente de la que se le adeudaba, es el de la *cessio bonorum*, que aún al margen de la voluntad de las partes se desprende de la adjudicación judicial que se hace al acreedor, de los bienes del deudor que no ha sido posible realizar el procedimiento de almoneda y subasta. Ciertamente, en este caso nos encontramos en presencia de un acto judicial, no de un convenio entre las partes. Su razón de ser se localiza en la necesidad de pagar de alguna manera el crédito. Es un mal ciertamente menor que aquel que deben soportar los acreedores como consecuencia de la insolvencia del deudor.

Evidentemente la *lex commissoria* prohibida por Constantino en el año 326, no abarca esta hipótesis porque sale de su supuesto normativo<sup>12</sup>.

### 3.4. Medidas decretadas por Julio César

La más remota referencia que nos conservan las fuentes en torno a la dación en pago necesaria o legal en la historia de Roma, parece remontarse a la época de la guerra civil del siglo I a.C. Este dato es interesante, pues aunque no se refiere al negocio convencional, significa que de alguna manera la idea no se encontraba tan remota de la mentalidad jurídica de entonces.

Narra Suetorio en Caes. 42, que Julio César durante la guerra civil, admitió que las deudas pecuniarias que no habían sido pagadas, pudieran ser satisfechas con la entrega de cosas determinadas. Esta noticia, nos es confirmada por el mismo Julio César en *De bello civili*, 3.1.

Estas medidas decretadas por César, obedecen, cierto es, a condiciones particulares de emergencia y no debieron haber sido especialmente gratas a los acreedores. Roma padecía una especial situación de deflación monetaria. Ya se verá después, que algo similar ocurre en la alta edad media. ¿Quién podría, por lo demás, negar la posibilidad de que César hubiera conocido en misma Grecia las disposiciones más estables del derecho ático?

En César, la disposición que comentamos evoca también, un especial sabor político. Es posible que el dictador haya querido granjearse la simpatía de todos aquellos

---

<sup>12</sup> *Cessio bonorum*. *Distractio bonorum* y normas reguladoras de los créditos del concursado. A este propósito la obra de Solazzi sigue siendo imprescindible.

deudores que veían difícil la satisfacción de sus deudas, con los consiguientes problemas que de todo tipo ello les ocasionaba<sup>13</sup>.

Casi cinco siglos después, poco más, en 535 Justiniano, también admirador de lo helénico, introduciría esta dación necesaria con su Novela 4.3 del año 535. Pero veremos más adelante algún otro precedente clásico de semejantes disposiciones.

### 3.5. La controversia entre Sabinianos y Proculleyanos

Estas célebres escuelas de juristas que aparecen en tiempos iniciales del Imperio, discuten acaloradamente en torno a los efectos sustantivos y procesales que produce la dación en pago convencional, es decir voluntaria, por lo que se refiere al crédito.

Gayo en sus Instituciones 3.168, nos conserva esta preciosa noticia que después se reproduce en el Digesto 13.5.1.5 (Ulp. 27 *ad ed.*). Según el misterioso jurista romano, los Sabinianos consideran que la *datio in solutum* extinguía la obligación *ipso iure* es decir de manera automática, valga este calificativo anacrónico para el derecho romano. Ello significa que una vez consumada la *datio*, el crédito quedaba disuelto de derecho y por derecho, el vínculo de la *obligatio* se había deshecho. Es importante desde ahora tener presente que para los Sabinianos, la dación en pago es una modalidad del pago equivalente a éste, va que produce sus mismos efectos.

Para los Proculleyanos la *datio in solutum*, no extingue de inmediato la obligación porque no es exactamente el pago que corresponde en estricta simetría al *debitum* obligacional. El deudor que con el consentimiento de su acreedor hubiera pagado con cosa distinta de la debida, sigue siendo deudor ante el derecho civil; aunque cuenta con la defensa procesal de una *exceptio* para conseguir sentencia absolutoria en el supuesto de ser demandado por el acreedor de una manera dolosa después de consumada la dación en pago.

Si se analiza jurídicamente la discrepancia entre las dos escuelas, se verá que la actitud de los Sabinianos es bastante más liberal y novedosa. La postura proculleyana, es en este debate más lógica y congruente con las concepciones clásicas del derecho romano. En efecto, la dación en pago, supone un pacto modificativo de la obligación original y en tal calidad de pacto no debe ser reconocido por el *ius civile*. La concepción proculleyana es estricta por lo que se refiere al principio de la exactitud material en el pago.

Es prácticamente seguro, además, que el pretor ya había concedido, fiel a la promesa de su edicto, una *exceptio pacti* e inclusive en algunos casos una *exceptio doli* a

---

<sup>13</sup> En épocas de deflación, en que se carece de circulante y abundan los satisfactores o mercaderías, es fácil entender el auge de este tipo de negocios, ahora en el caso de Julio César, es indiscutible el fondo político e incluso de vocación para las soluciones jurídicas que acusa su proceder. Buscaba en verdad el dictador, granjearse el favor de los deudores que no deseaban sufrir las duras consecuencias de la *venditio bonorum*. Se nota un cierto favor *creditoris* que no debe olvidarse. V. R. BONINI, *La c.d. datio in solutum necessaria* (Nov. Justiniani 4.3 e 120.6.2), en *Contributi di diritto giustiniano* (1966-1976), Bologna, 1990. César pretendió también evitar la cancelación de las deudas *novae tabulae* que seguía a las guerras civiles, p. 28.

aquel acreedor que quisiera proceder judicialmente para conseguir un doble pago. Desde el punto de vista práctico, las dos escuelas llegan a la misma conclusión, la obligación se extingue y no podrá ser exigida judicialmente si la dación en pago se ha efectuado. Pero desde el punto de vista dogmático-jurídico, las consecuencias y los matices son profundamente diferentes. En efecto, para que la obligación se extinga en el pensamiento proculeyano, se hace fuerza que el deudor demandado acuda a juicio y oponga la excepción pretoria, de lo contrario será condenado a pagar el *debitum* originario que nunca antes había satisfecho. En esta actitud del pensamiento de los Proculeyanos reside el antecedente de las concepciones que hoy ven, en la dación en pago, una forma de satisfacción de la obligación que subsiste solamente si no hay evicción respecto de la *res data in solutum*, ya que de haberla reviviría aquella. Expresión por demás falta de técnica y que emplea el art. 2096 del Código civil del D. F. Encuéntrase, pues, en la polémica entre Sabinianos y Proculeyanos, las dos actitudes que actualmente dividen, nos lo enseña el derecho comparado en la materia, la actitud de los códigos civiles. El primer grupo procedente de la concepción sabiniana, considera a la dación en pago un sustituto perfecto del pago, equivalente pleno de éste. A pesar de la repugnancia que sintieron los romanos por la novación objetiva convencional, estos derechos de hoy, entienden que la dación en pago extingue la obligación por novación, de tal manera que caso de que se produzca la evicción de la *res data in solutum*, el acreedor desposeído tendrá un lógico derecho al saneamiento; pero no a que se le pague el crédito original en virtud de que fue novado por las partes de una manera deliberada. Inversamente, aquellos otros códigos, como el nuestro, parecen derivar más bien de la vertiente a que dio origen el pensamiento proculeyano. Lo más importante para esta postura es que el crédito originario quede efectivamente satisfecho, sea con la nueva prestación, o en caso de evicción de la *res data*, haciendo efectivo el crédito original. Ya hemos criticado la actitud del legislador que utiliza en tal caso la equivocada expresión de “revivirá la obligación”.

Es la Pandectística, la escuela que de una manera técnica ha podido explicar que al producirse la evicción de la *res data in solutum*, cuando la dación no es entendida como una novación objetiva, sino como una modalidad del pago, cual es el caso de nuestro Código; hace insubsistente al pago mismo. Debe entenderse que la citada dación, será vista como sujeta a una *condicio iuris*: que el acreedor devenga verdadero propietario del bien que ha recibido en pago.

En el derecho actual, este problema se presenta como puede suponerse tratándose de cosas muebles, ya que el sistema de registro público con sus efectos de oponibilidad sólo pocas veces dará origen a casos de evicción verdadera<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Es decir la oponibilidad permite que los asientos registrales perjudiquen también al acreedor que acepta la dación. Cabe considerar, empero, los casos no del todo escasos de inmuebles que carecen de asientos de registro. Lo más serio, obviamente, es lo tocante a los muebles.

La actitud de los Proculleyanos, se nos presenta, pues, más congruente con el espíritu y estilo del derecho clásico romano. Por ello, como ya expresamos, los romanos no aceptaron la novación objetiva de tipo convencional y al sostener los sabinianos que la *datio in solutum* extingue *ipso iure* la obligación original, realmente, están introduciendo en el sistema un caso de novación objetiva. Esta será la actitud adoptada siglos después por Justiniano.

Es interesante apreciar que los Proculleyanos, como ha notado agudamente Bonfante, se preocupan a menudo de que sus soluciones se apoyen también en las convenciones y usos sociales.

El asunto que estamos examinando a la luz del pensamiento de los Proculleyanos, ofrece una cierta analogía por las mismas consideraciones sociales, con la discusión en el tema del precio de la compraventa. Ahí opinaban los amigos de Augusto, los Sabinianos, que tal precio podía pagarse con cualquier objeto; es así que para ellos la permuta o cambio queda absorbida en la noción amplísima de compraventa. De acuerdo con los Proculleyanos, mirando las necesidades de la vida social y económica y por tanto dando una visión más exacta desde el punto de vista jurídico, el precio de la compraventa habrá de ser pagado en moneda para evitar confusiones entre los dos contratos.

Justiniano aceptó en esta ocasión la tesis proculleyana al zanjar aquellas cincuenta cuestiones<sup>15</sup>.

### 3.6. *Jurisprudencia romana de Gayo a Marciano*

Siempre ha resultado dogmáticamente importante el examen de la *evictio* de la *res data in solutum*, pues a través de la determinación de sus efectos, se pone de manifiesto el carácter que se le asigne legislativa y doctrinariamente a la *datio*.

Gayo, en la segunda mitad del siglo II d.C., parece decidirse sin reserva por la opinión de los Sabinianos a los que llama “nuestros maestros”. De tal modo, que al extinguirse la obligación *ipso jure*, aún tratándose de la *evictio*, no habrá lugar a hablar más del crédito original ya extinto, sino más bien del saneamiento.

La actitud contraria, se nos ha conservado en un paso del Digesto, cuya genuinidad es discutible, empero no se ha demostrado palpablemente en lo que interesa a nuestro tema, la mano del compilador contraria al pensamiento de los Proculleyanos.

Efectivamente, Marciano afirma que en caso de evicción, se considera subsistente el crédito primitivo con sus accesorios<sup>16</sup>. Así Marciano, algo posterior a Gayo, quizá a principios del siglo III, sostiene en el paso de referencia: *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio etsi pro parte fuerit evicta tamen pro solido obligatio durat*. De tal modo, que a pesar de que la evicción sea sólo

<sup>15</sup> Ver Gai. 3.141; D. 18.1.1 (Paul. 33 *ad ed.*) y D. 19.4.

<sup>16</sup> D. 46.3.46 pr. (Marcian. 3 *reg.*).

parcial subsiste *pro solido*, es decir, totalmente, la obligación original. Marciano pensaba en consecuencia, que en virtud de la indisolubilidad de la causa<sup>17</sup>, si se produce esa evicción parcial, no procederá al saneamiento, sino la exigencia de la obligación primera considerándose subsistentes las garantías. Es esta así una consecuencia lógica de la no aceptación de la novación por cambio de objeto. Marciano prosigue pues, el pensar de los Proculeyanos que encontramos hoy por hoy en nuestro Código civil. Por ello parece atendible la opinión sostenida por Guarneri Citati, citado por Francisí, el sentido de que en el caso de la evicción parcial si el deudor pagaba el crédito original, le quedaba a su disposición la *condictio indebiti* para exigir la entrega de lo que hubiera quedado de la *res* parcialmente *evicta*.

Hasta aquí las cosas parecen claras, sin embargo, conviene recordar que así como Marciano perpetuaba la tesis proculeyana con sus efectos, también encontramos en el D. 13.7.21 pr. (Paul. 6 *brev.*), que Ulpiano opina en contestación a una elegante consulta que había sido dirigida al emperador, que para el caso de evicción de la cosa dada en pago debe entenderse que el perjudicado tiene a su disposición una *actio ex empto utilis* “*immo utilis ex empto accomodata est*”. De esta manera, esta corriente de pensamiento romano considera al acreedor evicto a la manera de un comprador. Ello parecerá congruente con la afirmación de que a la *datio in solutum* sigue la extinción *ipso iure* y por tanto definitiva del crédito primitivo.

El pensamiento de Ulpiano es característico de un alejamiento cada vez más acen- tuado del viejo derecho. Se busca a través de la analogía de proporción, el encuadramiento de la solución. A Ulpiano ha parecido acertado que la *datio* constituya algo así como una compraventa, de tal modo que el precio de la misma equivaldría al crédito y de ese modo el acreedor sería considerado a la manera de un comprador. Esta argumentación nos lleva, pues, por el camino opuesto a considerar que el crédito original subsiste. Esta es la vertiente de aquellos códigos civiles de hoy, que como el de la República Argentina, establecen que habrá de ser indemnizado con el saneamiento el acreedor que ha sufrido evicción de las *res data* en pago de su crédito<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Esta causa que ya preocupaba a Marciano, se presenta casi como un fantasma que atormenta al legislador de nuestro Código civil. Entre nosotros, la dación en pago queda dependiendo en su validez del negocio original, ya que si se paga con cosa no propia del deudor subsiste el crédito original. A este mismo orden de ideas condujo el pensamiento proculeyano por una vía diferente, la del rigor del *ius civile* que no reconocía a la dación cual pacto mero, un verdadero y frontal poder liberatorio parece más justificada la solución típicamente causal del pago con subrogación a que se refiere la fracción IV d artículo 2053 del Código.

<sup>18</sup> Hoy que se reconoce ya valor liberatorio pleno al acuerdo de dación en pago independientemente de la entrega de la cosa prometida, parece pues más congruente con el espíritu convencional que da a la figura el derecho argentino. Resulta más acorde con el afán de delimitar las soluciones al acreedor que sufrió evicción solamente su acción de saneamiento. Esta actitud debe entenderse dentro de la operatividad completa y definitivamente sería de la notación objetiva. El legislador por lo demás, no debe recurrir dentro de una sana política de legislación a soluciones que se presten a demasiada movilidad o lo que es lo mismo a complicaciones innecesarias. Hablando idealmente, sin embargo, el autor de la

Caso diferente, pero también considerado por los clásicos, es aquel de la cesión de un crédito en lugar de la satisfacción de la obligación original. Se trata, como es fácil entender, de una novación subjetiva mediante cambio de acreedor y que se lleva a cabo a través de una estipulación delegatoria. El deudor paga cediendo su calidad de acreedor a su propio acreedor, a fin de que haga efectivo el crédito frente a su deudor. En este caso, la cesión combinada con la *procuratio in rem suam*, determinará la extinción *ipso iure* del crédito primitivo, quedando liberado el deudor cedente por razones de orden procesal a partir de la contestación de la *litis* por el cesionario.

Diocleciano se refiere a la práctica de pagar a través de la cesión de créditos en tres constituciones que nos ha conservado el Código de Justiniano<sup>19</sup>.

### 3.7. Preliminares clásicos del beneficio de dación en pago

Hemos ya expresado que las medidas decretadas por Julio César durante la guerra civil, constituyen la más antigua medida de que se tenga noticia en este sentido.

En el siglo III de la era cristiana, conocida suficientemente en Roma la cultura griega, es probable que de alguna manera se haya querido imitar conscientemente su derecho. Lo cierto, es que en algún *rescripto* clásico parecen encontrarse antecedentes de este beneficio según lo ha demostrado Felgantreger en *Antikes losugr* citado por Juan Iglesias<sup>20</sup>.

Encontramos también que en la misma época clásica, quizá en tiempo de Augusto o Julio César, una *lex Iulia de cessione* permite al deudor que ha quedado en insolvencia sin dolo o culpa de su parte, haga cesión de sus bienes al acreedor<sup>21</sup>.

Con la *cessio bonorum* el deudor evitaba que se le aplicaran las sanciones, que derivaban de la *bonorum venditio*. Como ha explicado Carusi, el procedimiento de la *cessio* se iniciaba por la *missio in possessionem* o *missio in bona rei servandae causa* a la que no seguía la venta en bloque del patrimonio, sino la *distractio bonorum* a favor de cada uno de los acreedores del concursado.

Con este procedimiento, el deudor encontraba una forma de sustraerse a la sentencia condenatoria evitando la nota de infamia y pudiendo disfrutar en ciertos casos del beneficio de competencia. Los acreedores no adquirirían la propiedad sobre los bienes mismos, sino sobre el producto de la venta. En rigor, pues, no se trataba de una verdadera adjudicación. El deudor conservaba el derecho de recuperar sus bienes cedi-

---

ley puede acudir a cualquiera de las soluciones o inclusive combinar ambas como hace el Código civil italiano; lo que no es permitido dentro de una sana técnica de legislación es contradecirse institucionalmente, ni emplear innecesariamente vocablos no precisos en ciertas hipótesis, cual es el caso de evicción y renacimiento de obligación.

<sup>19</sup> Ver C. 4.10.6; 4.15.5; 8.42.16.

<sup>20</sup> J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, 1972<sup>16</sup>, p. 513.

<sup>21</sup> D. 42.3; C. 7.71. Según algunos estudiosos, se trataría de la misma *lex Iulia iudiciorum* que conocemos.

dos hasta antes de la adjudicación hecha a favor de tercero, siempre y cuando hiciera pago en efectivo. De lo contrario, se liberaba de la responsabilidad obligacional en la medida en que fueran satisfechos los créditos con el precio conseguido en la subasta.

#### 4. Evolución en la época postclásica

##### 4.1. Diocleciano

Hemos visto ya algunas constituciones de Diocleciano en las que se pudiera pensar que es patente la influencia del derecho griego. Sabemos que llegaba a practicarse entre acreedor y deudor una compraventa de la que nos da noticia la constitución contenida en C. 8.30.3 del año 293 en la que se dice, entre otras cosas: [...] *reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio* [...] <sup>22</sup>.

Se nota cada vez más en la época de vulgarización del derecho, la tendencia claramente explicable, de ir asimilando la dación en pago a una compraventa entre deudor y acreedor. Se quiebra la fuerza dogmática que permite distinguir las dos figuras <sup>23</sup>.

##### 4.2. Sigue la tendencia hacia la asimilación de la dación en pago con la compraventa

Esta actitud que ciertamente no es de las más elegantes en la dogmática del derecho romano, hemos visto que hinca sus raíces en la idea de algunos clásicos que siguiendo la orientación sabiniana en el sentido de que a la dación sigue una extinción absoluta de la obligación, se ven en la necesidad de encontrar una *actio utilis ex empto* para permitir que el acreedor evicto pueda exigir el pago del saneamiento a pesar de que expresamente no había poseído la cosa *pro emptore* <sup>24</sup>. Esta será una clara actitud de Justiniano que encontramos en C. 8.44.4. La veremos de alguna manera nuevamente reflejada también en la glosa <sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> En la misma dirección no se presentan D. 40.12.19 (Paul. 51 *ad ed.*); D 46.3.44 (Marcian. 2 *reg.*); D. 20.4.4 (Pomp. 35 *ad Sab.*); C. 8.19 y FV. 19.

<sup>23</sup> Ver también Gai. Epit. 2.10 en donde el epitomista insiste puerilmente en el requisito del consentimiento y de la *aestimatio rei*, concluyendo, como lo hubiera hecho Gayo siguiendo a sus maestros, que *obligatio evidenter tollitur*.

<sup>24</sup> Ver la opinión de Paulo en relación con la dote prometida en D. 46.3.98 pr. (Paul. 15 *quaest.*), pero principalmente es Ulpiano quien en D. 13.7.24 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*) justifica la *actio ex empto* afirmando que *vicem venditionis obtinet*.

<sup>25</sup> Es el caso del *possessor pro domino*. Es curioso observar que a pesar de que nuestro Código no emplea la expresión dación en pago al definir la hipótesis, sí aparece la misma en algunas otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, tal es el caso de la Ley del Timbre que en sus artículos 4, 5 y 6 alude a la institución asimilándola a la compraventa. No resistimos la tentación de comentar que resulta poco técnico que el legislador fiscal insista en asimilar la dación a la compraventa, pues independientemente de que sólo lo hace para efectos fiscales y de que es indiscutible la relación de diversidad lógico-jurídica

## 5. Bajo Justiniano

### 5.1. Adopción de la tesis sabiniana. Consecuencias dogmáticas y doctrinales

Al aceptar el emperador la postura sabiniana en el sentido de que la dación en pago produce ipso iure la extinción de la obligación, zanja para el derecho bizantino la cuestión. Esta solución se mantendrá por mucho tiempo en los derechos medievales. De aquí la necesidad tanto procesal como doctrinal de justificar con diversos argumentos que a veces resultan un tanto forzados, que el acreedor que ha sufrido la evicción debe ejercitar la *actio ex empto utilitatis causa*. En este campo el *Corpus iuris* muestra una clara contradicción; ya que la mano de los compiladores no siempre oculta la actitud de los proculeyanos y de Marciano que al lado de otros clásicos, consideran que en caso de evicción el acreedor puede ejercitar la acción derivada del crédito original que no se considera *solutum* esto es, pagado. Los compiladores, conservan el texto clásico muy claro en I. 3.29 pr. en donde leemos *tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit [...]*. Ferrini ha sostenido que la intención verdadera de los compiladores fue dejar subsistente la manera de pensar de Marciano y por ello que en caso de evicción *manet pristina obligatio*, Ulpiano afirma que la asimilación de la figura a la venta solo se refiere al caso del acreedor al que se le adjudica la prenda<sup>26</sup>.

### 5.2. Beneficio de dación en pago necesaria o forzosa

Es aquí donde encontramos más claramente la influencia del Emperador que movido de alto sentimiento de la *humanitas*, y recogiendo los precedentes escasos de la época clásica y más numerosos de la siguiente, establece decididamente el beneficio en favor de ciertos deudores. Parece dar del año 535, la Nov. 4.3 pr. en donde se explica que dado que las *immobiles substantiae* no siempre son fáciles de realizar, el acreedor las debe aceptar según justa estimación, *subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem*.

El acreedor podía exigir las mejores tierras, salvo que la Iglesia fuera la deudora (Nov. 120.6.2), caso en el que el acreedor debe resignarse aceptando *secundum aequi-*

---

entre las dos figuras, nada impediría en buena técnica, ensanchar la medida del hecho imponible respetando la fisonomía de las instituciones dentro de la tendencia fiscal imperante. La glosa acusa en general, no obstante la riqueza de experiencia y doctrina que tiene una actitud más que simplista, diríamos conciliadora y ciertamente esa posición resultó valiosa en Alemania hasta 1900 por razones de hermenéutica legal. Hoy transcurrido ya más de un siglo, las diferentes posturas de la glosa pueden enriquecer variadamente al legislador y al jurista en general estimulando bastante la fantasía y las posibilidades de selección de soluciones jurídicas. Allí reside el valor de documentos en los que se estratifican siglos, por no decir milenios de experiencia interpretativa de la ley.

<sup>26</sup> Ulpiano D.13.7.24 (Ulp. 30 *ad ed.*); C. 8.44.4.



*tatem aliud quidem fructiferarum aliud vero et sterilium possessionum eiusdem venerabilis domus et in reditu earum et in fiscali solutione et reliquae ordinationis.*

También tratándose de la *locatio rei* establece Justiniano especiales medidas para el caso de que el conductor sea desalojado del inmueble por haberse producido la evicción, en un texto ciertamente interpolado que se localiza en D. 19.2.9 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): [...] *plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem*<sup>27</sup>.

Reconoce a menudo Justiniano que este beneficio no siempre será agradable al acreedor, pero que es necesario introducirlo por razones de “humana benevolencia”.

Siempre el examen de las Novellas se muestra en el mismo sentido<sup>28</sup>.

Bajo Justiniano no hay duda de que la cesión de un crédito *solvendae causa*, puede ser dado en pago con efectos liberatorios, siempre que así lo acepte el acreedor sin establecer restricciones por lo que hace a la efectividad del crédito mismo, es decir, a la solvencia del deudor.

### 5.3. Lesión

En congruencia con la simetría entre *debitum* y *solutio*, los clásicos sostienen que en el caso de la dación de una cosa de valor superior a la deuda, el deudor puede deducir la *condictio indebiti, manente obligatione*.

Los compiladores por el contrario, menos preocupados por el formalismo de esa simetría, permiten que se retenga la cosa de más valor *donec debita pecunia solvatur*. Sin embargo, si la desproporción en los valores se daba *ultra dimidiam*, podía optar el deudor por la solución clásica<sup>29</sup>. Comentando este mismo asunto, en el lugar citado encontramos en la glosa que *datio a solutum non est vere ac proprie emptio et venditio sed similis illi, et ex iuris interpretatione includit in se tacitum contractum emptionis et venditionis*.

## 6. La recepción de la institución

### 6.1. Condiciones socio-económicas de la alta edad media

Encontramos que los primeros siglos de la edad media nos muestran un derecho disperso y con una dogmática bastante débil, debido principalmente a la reciente fusión de los derechos germanos con la cultura romano-cristiana. De aquí que no

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido D. 19.2.60 pr. (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*).

<sup>28</sup> Ver Auth. Coll. I.IV.3.

<sup>29</sup> Ver D. 12.6.26.4 (Ulp. 26 *ad ed.*) y D. 50.17.84 pr. (Paul. 3 *quaest.*).

sea propicio el momento para entrar en finas discusiones dogmáticas. Por lo demás, debido a que en Occidente no se han conocido en estos primeros siglos los textos justinianos del Digesto, el poco material que al respecto se haya de derecho romano recae siempre sobre las fuentes de la época vulgar.

La desaparición de una moneda común, es decir, la moneda romana, y su sustitución por tantas monedas nacionales, la inseguridad y a la vez la intensidad del comercio, propician la aceptación frecuente por parte de los acreedores, de la dación en pago que resultaba así, un modo más seguro y hasta cómodo, que no el recibir numerario con reconocimiento y aceptación dudosas. Evidentemente, se había producido una regresión económica y social<sup>30</sup>.

## 6.2. Derecho longobardo y romano-bárbaro

El hecho de que todavía el *Codex Theodosianus* en 4.20.1 se refiera a la dación en pago y no en cambio las leyes bárbaras, es una clara señal de qué tan rápido habíase mostrado el proceso deflacionario arriba apuntado.

Nani encuentra interesantes rastros de la figura en Liutr. Ley 43 en donde se afirma que si el donatario habla sufrido evicción de la cosa donada, el donador puede dar *aliam talem rem qualem donavit*. Fíjese bien como no se trata de la actitud de Justiniano, referida a los bienes inmuebles, sino de una manera más general e indistinta a todo bien.

Las leyes romano-bárbaras callan al respecto como ya se dijo, y de una manera muy característicamente germana sólo imponen al acreedor la obligación de aceptar del deudor que carezca de numerario sin su culpa, una *compositio* de armas o animales en su lugar. He ahí pues esa *compositio* mezclada con las ideas postclásicas romanas y costumbres de claro cuño germano.

## 6.3. En el Fuero Juzgo

El Libro V, Título VI de esta original fuente jurídica española, se ocupa “De los Penos e de las Debdas”. En la ley V, se regula ampliamente el concurso de acreedores y el principio expresado por Paulo de la exactitud material de las “Pagas”. No se abunda con mayor paciencia en asunto tan técnico.

---

<sup>30</sup> Recordamos a ese propósito el caso de aquel sastre alemán que durante los últimos años de la segunda guerra, había colocado a la entrada de su taller un aviso suficientemente visible, haciendo saber a sus clientes que no aceptaba el pago de sus honorarios en numerario sino en especie, especialmente en víveres y vestidos. En épocas de inflación galopante en las que el valor del dinero pierde su sentido, resulta muy apetecida la fijación de las prestaciones en especie para asegurar el valor económico de las contraprestaciones. Atención en comprender que dación en pago y pago en especie son expresiones que en derecho no se corresponden.

#### 6.4. *Fin de la alta edad media*

Al acercarse el renacimiento primero que media entre la alta y baja edad media, e irse preparando las circunstancias que explican el advenimiento de las universidades, van surgiendo, como es sabido, las circunstancias propicias para el estudio del derecho.

Todavía algunas constituciones que podemos localizar en la *Summa Perusina*, revelan desorden y desconocimiento de la dogmática romana<sup>31</sup>.

En cambio el Brachylogus, ya denota estar más dentro del renacimiento jurídico, en efecto, presenta un retorno a la pureza de las Instituciones de Justiniano al definir la dación en pago y sus efectos en 3.18.1, diciendo: *item si quis aliud pro alio solverit volenti creditori, constat obligationem perimi*. No se entra en mayores distinciones, es que el momento era todavía demasiado prematuro.

#### 6.5. *La glosa y sus seguidores*

Evidentemente, es el primer monumento de la edad media en donde se nos conserva la labor riquísima y fecunda de los glosadores.

La glosa al comentar los ya citados pasos del Digesto, trata de conciliar en su afán organizativo, por demás medieval, el caso de la *datio in solutum* con los de la entrega de una *res pro pecunia* y de *res pro re*, sosteniendo que solamente en el primer caso podrá verificarse la evicción. Ante la oposición derivada de las dos posiciones romanas, la glosa en su afán conciliatorio, sostiene que sería armónico y congruente el derecho de los clásicos al permitir que el acreedor evicto, eligiese a su arbitrio la acción derivada del crédito original o la *ex empto utilitatis causa*, para obtener el saneamiento por la evicción sufrida.

Se explica en seguida que es de la naturaleza de la *cessio pro solvendo o cessio solvendi causa* que sus efectos queden diferidos, por lo que hace a la extinción del crédito pagado, hasta que se pague el propio crédito.

Para Baldo, la dación en pago aparece jurídicamente como un contrato *solutorio* o liberatorio. El, siguiendo la opinión de Ulpiano asimila la figura a una verdadera compraventa, ya que *vicem emptionis continet*. Sigue: que la dación en pago, al igual que la venta, no es admisible pro parte sino que debe valer *in toto*, ya que solamente se perfecciona por el acuerdo de las partes atribuyendo un valor determinado a la cosa. Nos transmite los datos que ya conocemos sobre la posibilidad de aplicar la lesión *ultra dimidiam* a la *datio in solutum*. Baldo nos informa que en los tribunales mercantiles, se dudaba en aceptar la lesión, opinando que quizás lo mejor sería ex-

---

<sup>31</sup> Ver IV.10.6, 15.5, 14.9, 51.4; VII.45.8; VIII.44.4, en esta materia.

cluirla en función de los fines propios del comercio. Qué notable forma de anticiparse a su tiempo, muestra el comentarista de Ubaldis<sup>32</sup>.

## 6.6. *En las Siete Partidas*

Se establece en tratándose de la paga en P. 5, L.3 Tit. 14, que debe hacerse en las mismas cosas prometidas al acreedor en el contrato y no en otras si no quiere recibirlas aquél a quien se hacen. Comenta Gorosabel que de esta disposición se desprende que si el deudor no pudiese entregar las mismas cosas que prometió, puede hacerlo con otras a bien vista del juez y si el que se hubiese obligado a hacer alguna cosa, no pudiese realizarla de la manera prometida, deberá cumplirla de otra según albedrio (sic) del juez, pagando los daños y menoscabos que le viniesen al acreedor por esta razón.

Resume Gorosabel en su pensamiento antes transcrito, la opinión que campea en el derecho español e indiano, ver especialmente la Novísima Recopilación, aludiendo más que al negocio jurídico de *datio in solutum*, a la imposibilidad por causa superviniente de llevar a cabo la prestación prometida. Ciertamente se trata de una hipótesis dogmáticamente diversa a la que venimos analizando, empero las afinidades se hacen patentes por lo que se refiere a la prestación que resignadamente debe aceptar el acreedor hacia aquel beneficio de dación en pago que ampliamente reglamentó Justiniano. Ocurre que a menudo ante los casos de imposibilidad de la ejecución del *debitum*, el orden jurídico, prefiere derogar en la menor medida posible el principio de la exactitud material del pago, con tal de satisfacer de alguna manera al acreedor. Ciertamente, el legislador procede racionalmente, prefiere la ejecución de un mal menor.

## 7. Mexico

### 7.1. *Alusión al derecho azteca*

En primer término, conviene recordar que el derecho de la cultura azteca, se encontraba en materia de relaciones jurídicas obligacionales, en un estadio más bien temprano de su desarrollo. No se había siquiera configurado la noción de obligación en el léxico náhuatl, señal de que ello no se encontraba claramente en la mente de aquel pueblo.

Por otra parte, pero por razones de incipiente desarrollo, tampoco había aparecido la moneda, instrumento fundamental de intercambio aceptado por la comunidad.

---

<sup>32</sup> Para la evolución ulterior a través del derecho bizantino, ver R. BONINI, *La c.d. datio in solutum necessaria* (Nov. Iustiniani 4.3 e 120.6.2), cit., pp. 41 y ss.

Bajo este fondo, general, sin que se niegue de antemano que pudieron darse casos de dación en pago, negocio del que las fuentes no dicen casi nada, es fácil comprender cuán prematuro era el momento.

### *7.2. La recepción del derecho español*

En esta materia, el derecho nacional de cada uno de los pueblos de Latinoamérica, se escribe, casi sin variantes, de la misma manera.

Recibido el derecho romano por los pueblos germanos, se introducen, es verdad, importantes cambios en materia de personas, propiedad y hasta herencias; más la materia obligacional permanece casi intacta debido a su espíritu técnico y lógico, al amplio desarrollo que alcanzó en Roma y también al escaso y tenue derecho que los germanos pudieron oponer a Roma. He ahí los motivos de la rápida, estable y persistente filtración del derecho romano obligacional incluso en nuestros códigos de hoy.

Encuéntrense en el derecho colonial de la Nueva España, algunos casos que en algo pudieran asemejarse al beneficio que en esta materia reguló Justiniano. Si revisamos la legislación indiana en lo que se refiere al trabajo, especialmente al jornal que debía pagarse a los indios, se encontrarán algunas permisiones para pagarles en especie.

No obstante, los principios romanos que rigen la dación en pago como convención, permanecen firmes y generalmente incluidos en el capítulo de las “Pagas” siguiendo la tradición abierta así por el Fuero Juzgo<sup>33</sup>.

### *7.3. Los primeros decenios del México independiente*

Por los motivos arriba apuntados, una vez que México adquirió su independencia política, la materia permanece invariada. Así nos lo muestran las Pandectas Hispano-mexicanas en el párrafo 14-319. Ahí se nos repiten los principios de que para dar en pago una cosa, es preciso que el dador sea propietario del bien que pretende enajenar.

---

<sup>33</sup> En la práctica indiana más temprana existió la tendencia más real que legal a cubrir a los indígenas parte de su jornal en especie, lo cual no resultó adecuado a lo que al respecto prescribieron las 32 Leyes de Burgos, dictadas desde la península para sentar las bases de las primeras garantías al trabajo de los naturales. En materia de tributo dentro de las encomiendas, se mantuvo durante los siglos XVI y siguiente, una amplia reglamentación de pago en especie que abarcaba incluso hasta la prestación de servicios personales y servicios domésticos. De este material encontramos una amplia reglamentación en las Leyes de Indias. Dice J.M. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado Español en las Indias*, México, 1975, p. 174, de la obra que citamos en la bibliografía: «La escasez de moneda en algunas comarcas, llevó al legislador a aceptar que los pagos».

A la tendencia española derivada de la legislación emanada especialmente en Madrid, se va contraponiendo la legislación más liberal que deriva del Código francés de 1804. En efecto, encontraremos desde los primeros proyectos y realizaciones de códigos civiles mexicanos, repetido el principio que anuncia el art. 1243 del Código de Napoleón al preceptuar: *Le creancier 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.*

Al redactarse la anterior disposición, se tuvo presente el Decreto de 22 de abril de 1790, que en plena Revolución, dispuso que el acreedor quedaba obligado siempre a procurarse efectivo para cumplir con sus mismas acciones. Qué actitud tan distinta de la establecida en vísperas de la era cristiana por Julio César en circunstancias semejantes.

El Código de 1804 casi pasa por alto de materia sin detenerse a reglamentarla mayormente, eso ha llevado a escritores como Josserand a sostener que el citado Código se muestra excesivamente lacónico.

La literatura francesa pre napoleónica era rica. Pothier en *Oeuvres*, III, p. 239, n. 604, siguiendo la glosa, sostuvo que el acreedor evicto podía elegir entre la *actio ex empto* o la derivada del crédito originario, con el pago en todo caso de daños y perjuicios: *Si quid supra hanc summam eius intersit rem habere licere.*

La disposición citada del Código francés fue transcrita por el Maestro Justo Sierra, en el proyecto de Código civil correspondiéndole el art. 1135 y cambiando en la traducción solamente el verbo sea por fuera.

#### 7.4. Los primeros códigos

Así las cosas, la situación era madura y la legislación mexicana en materia de dación en pago se apartó de su tradición española para tomar más bien la que derivaba del Código francés. El principio Pauliano vuelve a resplandecer en todo su vigor sin que exista el beneficio de dación en pago, mas sí, la figura como convención permitida. Arts. 1629 y 1515 de los Códigos civiles de 1870 y 1884, respectivamente.

#### 7.5. Siglo XX

Nuestro Código vigente de 1928-32, no presenta un panorama que haya variado mucho. El art. 2012 transcribe el llamado principio Pauliano de exactitud en el pago al disponer: *El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor.* El 2095: *La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.* El 2096: *Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá (sic) la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago.* A su vez, encontramos en el art. 2087: *No es valido el pago hecho con cosa ajena...*

Como puede verse, y ya se expresó así, nuestro Código deriva de aquella tendencia proculeyana afecta a considerar el pago hecho a través de dación como una modalidad del cumplimiento de la obligación, es decir, precisamente de pago, de tal modo que si por evicción el acreedor pierde la cosa, se considera el crédito original subsistente. Esto significa que la dación en pago no es considerada por nuestro legislador como un negocio jurídico independiente, sino conexo y dependiente para cuya validez y subsistencia es menester que se cumpla esa *condicio iuris* de que nos habla la pandectística y que en el caso será la “no evicción” de la res o si se quiere, que el dador sea propietario tal como se infiere a contrario sensu de la primera parte del art. 2087 arriba inserto. Nada se opone, empero, a que un acreedor reciba en pago cosa litigiosa o aquella sobre la cual el deudor está poseyendo *ad prescriptionem*, si así se le hace saber y acepta.

## 8. Panorama de la figura en el derecho comparado

### 8.1. Francia

Ya se vio la gran tradición romanista de Francia encabezada especialmente por Pothier. Empero, el Código civil de 1804 resultó demasiado general en la materia. En obsequio a la brevedad, nos remitimos al inciso anterior.

### 8.2. España

También el derecho español es sumario en este tema. Escriche asimila la dación en pago a la compraventa, siguiendo la tendencia postclásica romana. Se refieren a ello los siguientes artículos del Código civil: 1436, 1459, 1521, 1636. Siguen esta actitud los Códigos civiles de Cuba y Puerto Rico.

### 8.3. Alemania

Su derecho civil ha sido ricamente alimentado por la floreciente escuela de la pandectística. Especialmente han escrito enjundiosos tratados y lecciones en esta materia Windscheid, Vangerow y Puchta.

En el derecho alemán, la dación en pago es tratada como una verdadera novación de carácter objetivo. De ahí que en caso de evicción de las *res data*, no disponga el acreedor evicto de ninguna acción derivada del crédito primitivo. Sin embargo, para ello se requiere que las partes directa y expresamente deseen la novación<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Ver art. 364 del Código civil.

#### 8.4. Italia

Como una conjunción afortunada de la tradición romanista y de la pandectística que aunque menor, también tuvo en Italia importantes representantes como Contardo Ferrini; la regulación de este Código civil es, a nuestro entender, la más completa y a la vez, la más rica en la materia.

Comencemos por el Código ya derogado de 1865. En su art. 1245 se repetía el principio Pauliano de exactitud material en el pago, prácticamente transcrito del 1243 del Código Napoleón. No encontramos en este Código más que el art. 1929 que indirectamente se refiere a la materia al liberar al fiador en caso de que el acreedor reciba en pago de la deuda un bien inmueble, aunque después sufra evicción.

El art. 1197 del Código vigente, confiere al acreedor evicto la elección entre deducir la acción derivada del crédito original o exigir la responsabilidad para conseguir el saneamiento. Este precepto protege de la misma manera al acreedor para el caso de que la cosa dada en pago padezca de vicios ocultos.

Con la última previsión de ese precepto, se zanja una dificultad que a menudo se presenta y que solamente puede ser resuelta en virtud de la analogía que en el fondo de la lógica guarda la figura frente a la compraventa, a fin de aplicar al caso de dación lo preceptuado para ese contrato.

De lo expuesto, se infiere que para el Código italiano tiene también cabida en el caso, la novación objetiva.

#### 8.5. Argentina y otros derechos de Latinoamérica

También para el derecho argentino, la dación en pago es una novación al disponer en su art. 783: *Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva.*

En el precepto transcrito, como puede verse, se hace una asimilación que por lo demás parece lógica, con la compra venta.

Difiere pues, este Código, de la postura del derecho mexicano que parecería derivar más bien de los códigos francés y español que se contentan con considerar a la dación como una modalidad del pago dependiente de la obligación originaria.

Revisando el derecho civil Latinoamericano, se observa que códigos como el argentino, uruguayo y brasileño son ricos y previsores al tratar sobre la dación. Otro tanto puede decirse del peruano.

A menudo conviene buscar en los capítulos de concurso o en las leyes sobre quiebras y suspensión de pagos el criterio sea civil o mercantil<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Ver por ejemplo nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, arts. 2, fracción V, 160, fracción IV, 170 1. 296, 321, 323. 17.



## 9. Tendencias actuales y posibilidades de unificación jurídica

En sustancia, existen las siguientes tendencias en la materia:

1ra. Códigos que sin prohibir la posibilidad de la dación, pensamos que no puede prohibirse sino reglamentarse, son excesivamente pobres y casi imprevistos. En tal caso es preciso aplicar los principios generales del pago y de la convención entre las partes.

2da. Códigos que consideran a la dación en pago como una mera modalidad del pago. Para estos derechos, el interés jurídicamente tutelado, es ante todo la efectiva satisfacción del acreedor, de manera que en caso de evicción debe considerarse subsistente el crédito original y hacerse exigible.

3ra. Códigos para los cuales la dación es más bien un caso de novación objetiva. En esta tendencia se parte del principio de que las partes libremente han convenido la forma de pago y por ello, en caso de evicción, el acreedor podrá exigir el saneamiento ya que la dación está desvinculada de la relación jurídica primitiva.

4ta. Existe el caso del Código civil italiano que se muestra más previsor, pues extiende la opción que se concede al acreedor perjudicado incluso al caso de vicios ocultos.

En principio, y respetando la soberanía legislativa, todas las actitudes son posibles. Se observa sin embargo, como más rico y acabado un criterio de regulación específica del negocio. Desde este punto de vista, parece recomendable buscar la uniformidad entre los derechos que acusan un origen semejante. Tal uniformidad podría encontrarse en la posibilidad que señala el Código civil de Italia ya que parece justo proteger al acreedor que ve traicionada la buena fe con que aceptó la dación en pago. Como esta es una posibilidad combinatoria, se respetarían las tradiciones que cada uno de los derechos tienen dentro de su historia.

Volvemos al derecho romano, específicamente a la vieja polémica entre Sabianos y Proculeyanos y vemos que en ella están ya claramente insinuadas y hasta precisadas estas dos tendencias. La primera abriendo la vertiente de la novación objetiva; la segunda, como una mera modalidad del pago y la glosa mostrando ya las posibilidades conciliatorias que ahora prescribe el Código civil italiano.

