

La dación en pago

Si por acto solutorio entendemos «la realización efectiva y verdadera de la prestación comprometida en el momento constitutivo de la relación obligacional», tesis, por otra parte, compartida por las doctrinas científica (nuestra y extranjera) y jurisprudencial (1), refrendadas dichas creencias por los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, *devendrá* como lógica toda afirmación que niegue a la *datio in solutum* el mérito de estricto pago o cumplimiento, alcanzando tal consideración incluso a aquellas doctrinas que han querido atribuir al citado instituto la virtualidad de «especial forma de pago». Nuestro razonamiento, en el campo probatorio, goza de las licencias conferidas a quienes, en busca de conclusiones, creen que es indispensable que entre el hecho demostrado (que el pago es la prestación de aquello mismo que se debe) y aquel que se trate de deducir (que la dación en pago no es una verdadera manera de cumplir) haya un enlace preciso y directo según las reglas de criterio humano (2).

La institución que nos proponemos estudiar no puede ser calificada, *de initio*, como de instrumento válido para que por su mediación se opere sin más una sustitución del pago; es necesario que experimente un proceso preparatorio previo (3), a virtud del cual adquirirá definitiva esencia para la función sustitutoria del pago que la civilística viene asignándole. En la *in solutum datio* hace méritos el acto preparatorio cuando deudor y acreedor deciden modificar lo que es objeto del contenido de la obligación, derogando el principio de identidad de la prestación, que se contiene en el artículo 1.166 del Ordenamiento civil, *aliud pro alio invito creditores solvi non potest*, y gozando del amparo del artículo 1.255 del Código Civil para realizar aquella operación jurídica de naturaleza novatoria, cuya nota le viene atribuida en base al artículo 1.203, número 1.º.

(1) Cfr. la Sentencia de 12 de marzo de 1924 que al respecto sienta: «el pago es la prestación de aquello mismo que se debe...».

(2) Cfr., al filo de nuestro pensamiento, el artículo 1.253 del Código Civil.

(3) Cfr. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 651-652 y 654-655.

del Código Civil. También en la *cesión para pago* las partes de la relación deciden variar lo que es objeto de la prestación, y la cambian por bienes o derechos del deudor, siendo así que es denominador común de ambas figuras la cesión de un *aliud pro alio* y, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, en este dar algo distinto de lo pactado reside su semejanza. Acabados, pues, los respectivos negocios jurídicos, supuestos los requisitos esenciales (artículo 1.261 del Código Civil) y las capacidades para las obligaciones de dar, a que hace referencia el número 1.º del artículo 1.160 del propio texto legal, se estará en la ocasión, tanto en la *datio pro soluto* como en la *pro solvendo*, de poder realizar una *prestazione o una cessione di un credito in luogo dell'adempimento* (arts. 1.197 y 1.198 del vigente Código Civil italiano); idea, la que se postula en el Ordenamiento italiano, que la traemos aquí como ejemplo de otra realidad funcional de la institución de referencia y que por su propia naturaleza desempeña un papel de «instrumento supletorio del cumplimiento» (4). Las analogías que los institutos guardan entre sí merecen la consideración del Derecho mientras las conversaciones preparatorias o período *in contrahendo*, pues en aquella fase los intereses giran en torno de una posible entrega y consiguiente recepción (entre deudor y acreedor o acreedores) de un *aliud pro alio* para, en definitiva, modificar lo que es la prestación debida en base a una obligación preestablecida. Perfeccionado el acuerdo, cuál sea la forma en que se haya celebrado (art. 1.278 del Código Civil), siempre que en él concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.261, aunque por analogía, y en relación al núm. 1.º del 1.160, todos del Código Civil), aflorará la esencia que denunciará su naturaleza y por ésta reconoceremos las profundas diferencias que separan a la dación en pago de la cesión para pago, por lo que la producción de los efectos respectivos, de una u otra construcción jurídica, determinarán la eficacia solutoria que en sustitución del pago se proponen las figuras en cuestión, pues el resultado extintivo de la relación, cuando se produzca, no dependerá de la eficacia del instituto en presencia, sino del puro mandato legal (art. 1.156, núm. 1.º, del Código Civil).

Por medio de la *datio in solutum*, empero, la obligación se extingue; naturalmente que previo el acuerdo, o en unidad de acto, de la variación del objeto de la prestación, en el sentido de que ésta se entregará o entregará en sustitución del pago o en «lugar del pago», dice el número 1.º del parágrafo 364 del Código Civil alemán. Los efectos que al cumplimiento le asigna la Ley no se producirán, en la *in solutum datio*, entretanto no

(4) Cfr. VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, tomo II, trad. esp. de W. Roces, Ed. Reus, 1934, pág. 11.

sea efectiva y real la dación del *aliud pro alio* (5). Al contemplar las consecuencias que se operan con la *cessio pro solvendo*, y con miras a la satisfacción de los intereses de los sujetos de la relación, al amparo de lo establecido en el artículo 1.175 de nuestro Código, resulta que la *datio* para pago sólo supone un encargo para que el acreedor o acreedores liquiden el activo que con este objeto se cede, se repartan lo percibido y si quedase un sobrante hagan entrega de éste al deudor. En el probable supuesto de que no se haya obtenido de la liquidación lo suficiente, el obligado sólo quedará libre de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, y desde el momento temporal en que recibió su prestación, de lo que es de advertir que en el ínterin (desde la cesión a la percepción de su producto) no se produjo para el acreedor satisfacción alguna con respecto a su crédito (6), pues es también una propiedad de la *cessio pro solvendo*, entre otras, que la distinguen de la dación en pago, la de que sea necesaria la verificación de la prestación, que se da como sustitutivo del cumplimiento para que se produzca la satisfacción del acreedor y consiguiente liberación del deudor, en el mejor de los casos por el todo, en la generalidad de las ocasiones, dada su génesis traumática, por una parte y con sólo el beneficio que a tales circunstancias les confiere la regla 2.ª del artículo 1.175, al consignar que «esta cesión sólo liberará a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos», en definitiva, por el importe que el acreedor o acreedores hayan obtenido de una diligente gestión liquidatoria. Se infiere como cierta la tesis distintiva de las figuras que hace PUGLIATTI, y que fue recogida por Carlos R. FERNÁNDEZ, al advertir que en la *in solutum* el sucedáneo del pago se realiza por el obligado directamente y, sin embargo, en la *datio pro solvendo* sólo es del deudor la iniciativa, la realización lo es del titular del derecho de crédito. Otras son las características, ya lo hemos dicho, que separan a los institutos, tales como la transmisión de la propiedad de los bienes o créditos, por méritos de la primera de las instituciones,

(5) Cfr. R. BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 112; M. ALBALADEJO: *Derecho Civil*, II, 1.º, Barcelona, 1983, 7.ª ed. publicada por Ed. Bosch; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, Madrid, 1899; Luis Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 653 (núm. 789); Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Naturaleza de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1957, página 754, «en la *datio* la obligación se extingue merced a la realización del *aliud*»; Juan LATOUR BROTONS: «Notas sobre la dación en pago», *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 625 a 638; Denise LÉOTY: «La nature juridique de la Dation en paiement», *Revue Trimestriale de Droit Civil*, 1975, págs. 12 a 46, entre otros autores.

(6) Cfr., en igual sentido, artículos 1.977, 1.982 y 1.984 del novísimo Código Civil italiano y a GAMBON ALIX: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 1058 a 1073.

a diferencia de la cesión para pago, que por su mediación sólo se opera un negocio autorizativo por el que se legitima a los cesionarios para realizar operaciones de disposición, en su propio interés y del cedente, con referencia a los bienes de éste, en cuyo sentido lo manifiesta Díez-PICAZO (7), y, a nuestro juicio, es coincidente su pensamiento con la Ley 1.^a de la Partida V y Título XV (8).

La doctrina jurisprudencial ha realizado un meritorio esfuerzo en el campo de la distinción de las figuras (aun a pesar de sus aparentes analogías), y cuyos trabajos le han venido impuestos por la fuerza de dar soluciones prácticas a las cuestiones que han venido siendo sometidas a su consideración; al filo de la ocasión nuestro Alto Tribunal ha trazado adecuados perfiles entre la *cessio* en pago y la que se destina para cumplir. Los efectos que se producirán, por razón de la incidencia en la relación, cuál sea de las dos instituciones la que haya de sustituir al pago, han servido de punto de referencia al Tribunal Supremo para sentar que la *datio in solutum* produce automáticamente la extinción de la obligación y, sin embargo, la *datio pro solvendo* sólo liberará al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Las Sentencias de 11 de mayo de 1912, 9 de enero de 1915, 23 de mayo de 1935, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1960, 1 de marzo de 1969, 14 de diciembre de 1965 y 16 del propio mes de diciembre de 1966 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo son las que reflejan, en su mayor medida, la inquietud jurisprudencial por la diferenciación de las figuras, clarificando de esta manera las reglas 1.^a y 2.^a del artículo 1.175 del Código Civil, que, sin duda, adolecen de una neta distinción de los institutos que se contienen en las citadas reglas, lo que coadyuvará a las frecuentes confusiones acerca del alcance de una y otra institución (9). Las consecuencias de una indiscriminada consideración institucional de aquellas importantes figuras hubieran provocado cancelaciones y sobrevivencias de relaciones obligacionales, genéricamente consideradas, con bases a criterios subjetivistas y, por ende, lejos siempre de la consecución del equilibrio de los intereses de las partes, a cuya empresa dedica sus miramientos el Derecho. Oportuno, pues, será citar aquellos dos Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central (10) de 2 de abril de 1965 y 30 de octubre de 1969, que advierten de la importancia

(7) Cfr. *ob. cit.*, pág. 655.

(8) Cfr. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, tomo 4.º, 3.ª ed., Madrid, 1877, que en esta ocasión y por tal motivo cita la Ley referenciada de nuestro Derecho histórico, pág. 114.

(9) Cfr. Rodrigo BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 223.

(10) Cfr. José PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 349 a 350.

de la distinción de la *in solutum* con referencia a la *pro solvendo* en el campo de las obligaciones fiscales, lo que confirma la amplitud socio-económica de la discriminación de institutos.

Relacionar las dos instituciones mencionadas para así mejor diferenciarlas ha sido acierto de las doctrinas científica y jurisprudencial, sin que al respecto pueda hacerse la propia afirmación en lo que hace referencia a la construcción jurídica de ambas figuras, que amén de no existir connivencia entre doctrina científica y jurisprudencia, no se produce ni siquiera asentimiento entre ideas del mismo campo doctrinal al que pertenecen (científico o jurisprudencial). Las razones que en el terreno práctico podrían aducirse para excusar la falta de rigor científico de la doctrina jurisprudencial, que versa sobre la problemática, podría encontrarse «en la exigencia de dar soluciones prácticas antes que fijaciones doctrinales o teóricas» (Sentencia de 13 de mayo de 1983). Aunque realista el pretexto, no empero elemento edificante de una verdadera naturaleza jurídica de cada uno de dichos institutos sustitutivos de lo que hubiera sido un pago estricto. Corresponderá, pues, a la doctrina científica, ajena a la responsabilidad de las cuestiones de orden práctico y diarias, construir cuál haya de ser la verdadera naturaleza de la *datio in solutum* y *pro solvendo*, tarea científica que reclama esfuerzo para con ella fijar con precisión los efectos de una y otra figura, desterrando las necesidades pragmáticas como todo argumento de fijación de esencia y efectos de una figura jurídica, creando así la inseguridad del caso y en beneficio de una permisibilidad ambulatoria en lo concerniente a la naturaleza de las instituciones, que en modo alguno redundará en la necesaria confianza que reclama el Ordenamiento jurídico y a la que los ciudadanos de los modernos Estados aspiran. En relación, pues, a la tarea de consolidar una tesis de pensamiento singular es a lo que en adelante dedicaremos nuestro trabajo, con la pretensión de enmarcar a la *in solutum datio* en el campo de las convenciones novatorias por variación de su objeto (11).

I

a) *Concepto*.—Cuestión previa a la fijación de la noción del instituto ha de ser el definitivo asentamiento conceptual de lo que es el pago. Ello comporta la afirmación de que se trata sencillamente del cumplimiento de la obligación que el deudor y acreedor dejaron establecida. Tiene su efectiva materialización cuando el deudor entrega la prestación que

(11) Cfr. los artículos 1.166 y 1.175 de nuestro texto legal civil, respectivamente.

adeuda, significando aquel comportamiento la actuación, como dice BARASSI (12), del contenido de la relación, y en su virtud se produce la satisfacción del interés activo y la consecuencia cancelatoria del vínculo obligatorio, efecto preordenado por la norma (núm. 1.º del art. 1.156 del Código Civil) y elevado al rango de *fin* necesario para la consecución del interés pasivo. Concebida así, pues, la *solutio* resulta esencial la observancia de lo dispuesto en el precepto 1.157 de nuestro Ordenamiento civil, y atentatorio, *a contrario sensu*, al principio de la identidad de la prestación, consagrado por el artículo invocado, en relación con el 1.166 del propio cuerpo legal; cuál otra diferente manera de afrontar el compromiso de pagar, tesis, la nuestra, de corriente científica y jurisprudencial mayoritariamente compartida, que por su propia consistencia niega virtualidad a las que, al amparo y ocasión de no ser decisiva la enumeración propuesta por la «disposición general» que abre el Capítulo IV (del Título I del libro IV), y en tal dirección tenerlo reconocido el Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de diciembre de 1940), pretenden introducir por aquella vía nuevos modos extintivos de la obligación, por la sola razón del parentesco que puedan guardar con el pago (13), olvidando al efecto el papel de instrumento supletorio de éste, función que a la dación en pago le atribuye, entre otros, VON TUHR. Será, en todo caso, por el cauce del negocio novatorio por el que se podrá reemplazar al cumplimiento, entregando, haciendo o no haciendo cosa o prestación diferente de la que se debía, sobreviniendo desde entonces los efectos y consecuencias que le son propias al pago.

Explanada convenientemente la noción de un cumplimiento estricto de la obligación, y advertido el lector de los riesgos que podrían surgir en demérito de la nitidez de la figura del pago, será oportuno configurar el concepto de la *in solutum datio*: «es el acto por virtud del cual el deudor, de sus libres voluntades, realiza, a título de pago, una prestación diferente de la que adeudaba al acreedor, el cual consiente recibirla en sustitución de la que le era debida». La doctrina científica (14), nacional y extranje-

(12) Cfr. La *Teoria generale delle obbligazioni*, tomo I, págs. 813 y ss.

(13) Cfr. J. LATOUR BROTONS, *ob. cit.*, pág. 628, que sostiene pensamiento en contrario al que dejamos consignado y que se refiere al cometido de subrogado del cumplimiento que atribuimos a la *datio in solutum*.

(14) José CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, 9.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, pág. 297; BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, página 258; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 651-652; Rodrigo BERCOVITZ, *ob. cit.*, páginas 105-106; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 346 a 348; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 753 a 756; BARASSI, *ob. cit.*, tomo III; POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Padova, 1888; GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, trad. esp., Madrid, 1912; ENNECCERUS-LEHMANN: *Tratado del Derecho Civil*, tomo II, 1.º, págs. 319 y ss., y KARL LARENZ: *Derecho de Obligaciones*,

ra, y la jurisprudencia (15) apoyan la concepción de la cesión en pago que proponemos; pero es del mayor interés resaltar que la *datio solutoria*, cuya concepción hemos descrito, no tendría el apoyo de los ordenamientos civiles, propio y ajenos, si antes del acto de cesión del *aliud pro alio* no se hubiese operado un negocio que, a virtud del acuerdo de las voluntades del deudor y del acreedor, hubiese posibilitado la operación sustitutoria de la prestación, *in luogo dell'adempimento* (art. 1.197 del Código Civil italiano de 1942), lo que pone de manifiesto la naturaleza novatoria de la convención, que ha tenido como propósito variar el contenido de la originaria relación obligatoria, y que por medio de su actuación se operará el *aliud*, que devendrá como el sucedáneo de lo que hubiera sido el pago en la anterior situación, pues resulta evidente que aquella prestación realizada no es exactamente lo que se debía.

En lo concerniente a la extensión de la institución no es pacífica la doctrina, pero una creencia mayoritaria opina que la *datio in solutum* ha de ser entendida en sentido amplio y desdibujado. Al efecto, la nueva prestación puede ser objeto de la transmisión de una determinada cosa, de la cesión de un *derecho*, de lo que pueda ser *un hacer o un no hacer*, en definitiva, pues, la nota característica habrá de ser la distinta naturaleza de la prestación constitutiva del *aliud* en relación a la que *ab initio* se adeudaba; la visión de amplitud de la figura la hemos dejado expresada al concretar el concepto que nos merece, abundando en esta dirección el número 1.º del párrafo 364 del BGB, artículos 1.197 y 1.198 del vigente Código Civil italiano, y escritores que han estudiado la problemática, tales como, por citar algunos, Carlos R. FERNÁNDEZ, PUIG PEÑA, BELTRÁN DE HEREDIA, DE DIEGO, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, LATOUR, GIORGI, VON TUHR, ENNECCERUS, DíEZ-PICAZO, BERCOVITZ, etc. Los profesores PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, anotadores que fueron de ENNECCERUS, en connivencia con la tesis amplificadora de la institución, afirman que hasta puede el deudor asumir, frente al acreedor, una nueva obligación en lugar del pago (16) y que, naturalmente, puede ser

tomo I, trad. esp. de Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, página 418.

(15) Cfr. las sentencias, entre otras, citadas en las páginas que nos preceden y son de conveniente estudio; además, y al respecto, los Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y 30 de octubre de 1969 (ambos textos citados, con acierto, por PUIG BRUTAU en la *obra citada*, págs. 349 a 350).

(16) En el presente supuesto y en presencia de una duda no ha de entenderse que el deudor asuma la obligación en lugar del *Erfüllung*, sino que, en opinión de ENNECCERUS, como *pro solvendo* (cfr. núm. 2.º del párrafo 364 del Código Civil alemán). Es conveniente la confrontación, al propio fin e igual dirección, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947 y de 9 de diciembre de 1943 (citadas por LATOUR en la pág. 627, nota 9, del trabajo nombrado).

objeto de la dación en pago la cesión de un crédito contra tercero (17) y en función solutoria, o en lugar *dell'adempimento*, en terminología del artículo 1.198 del texto legal italiano. Emilio BETTI (18), al hacer expresa referencia a la *cessio pro soluto* y a la *pro solvendo*, advierte de las diferentes configuraciones dogmáticas a que recurren la una y la otra figura, en función, la primera, de su eficacia solutoria, y la segunda, de su natural tendencia a la consecución de aquélla, sin que en ocasiones el éxito sea seguro, y ello por la fuerza de las circunstancias, a que hace referencia la regla 2.^a del artículo 1.175 de nuestro Código Civil, que hace depender del buen fin de la *cessio* la propia liberación del deudor. BETTI recuerda, para el caso de la cesión de un crédito para pago, el mecanismo de la autorresponsabilidad del cesionario, recogida por el legislador italiano en el número 2.^o del artículo 1.267 del Código. Precepto extranjero que aun guardando las correspondientes diferencias con el artículo 1.170 del Código Civil español, no por ello son de resaltar las coincidencias del número 2.^o de aquel artículo italiano con la parte 2.^a del párrafo 2.^o del citado precepto de nuestro Código Civil, y en lo que hace cuestión al modo de sancionar la negligencia o culpa del cesionario en el desempeño de la misión de realizar los bienes o derechos cedidos y poderse hacer efectivo su crédito por todo o en parte.

Por razones de sistemática hemos aguardado para el final de este apartado la referencia a cuál sea la mención y regulación que el Código Civil hace del instituto que examinamos. Es bien cierta la afirmación de Díez-PICAZO, por todos, en el sentido de que nuestro Ordenamiento no regula específicamente la *in solutum datio* (19), pero no lo es menos la constatación de su admisibilidad legislativa: artículos 1.521; 1.536, número 2.^o; 1.636, párrafo 1.^o; 1.459, párrafo 2.^o del número 5.^o, y 1.849, todas dichas reglas son extraídas de entre el articulado que conforma nuestro primer Código, amén de otros preceptos que se contienen en textos

(17) Cfr. el artículo 1.849 de nuestro Código Civil, pues de su redacción se infiere que el texto legal se hace suya la concepción amplificadora de la *datio in solutum* al referirse al supuesto de que el acreedor acepte voluntariamente un inmueble u otros *cualesquiera efectos* en pago de aquella deuda originaria.

(18) Cfr. *La teoría general de las obligaciones*, tomo II, trad. esp. de José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, págs. 241 a 244.

(19) Creemos que mientras dure la vida del negocio, causa de la variación de su objeto, le será de aplicación, por analogía, la normativa de la contratación, artículos 1.254 a 1.313, comprensivos del Título II del Libro IV, y en lo concerniente al *acto* con fines solutorios, sustituyendo al pago, o sea la realización de la *datio* y consecuencias que ésta pueda producir, procederá el recurso a los preceptos que regulan la temática del pago estricto (arts. 1.157 a 1.181), y en la hipótesis de una *cesión en pago* y cuya prestación fue por *error* indebidamente entregada o realizada se estará a lo dispuesto en la Sección 2.^a del capítulo I del Título XVI del Libro IV (arts. 1.895 a 1.901).

diferentes, y de aquellos casos, muy frecuentes por cierto, como dice LATOUR BROTONS (trabajo citado, págs. 631 a 633), en los que el Código Civil se refiere a las adjudicaciones en pago, denominación que, a juicio del citado autor, habría de quedar reservada para las ocasiones que impliquen adquisición de la propiedad por acto de Estado; no haciendo nosotros hasta ahora ninguna mención al beneficio de la *datio in solutum* que el Derecho de Roma otorgaba al deudor, como excepción (20), y hoy en el olvido, a pesar de su realidad legal, pues queremos ver en nuestro Ordenamiento, además de la pervivencia de la dación en pago convencional, el mantenimiento, aunque en contadas ocasiones, del *beneficium* de la dación en pago, que comporta la extinción de la relación mediante la realización del *aliud* sin acuerdo de las partes (*solvens-accipiens*).

Es afirmación dotada de suficiente rigor la que sostenga que «de un somero examen del artículo 1.166, número 2.º, en relación al párrafo 1.º del 1.175, con referencia éstos al 1.255, todos del Código Civil, de la parte 2.ª del número 1.º del 1.170 y del párrafo 1.º del también artículo 1.872», se coligen los verdaderos mecanismos para una clara y evidente configuración en nuestro texto legal de la dación en pago. Y así es, efectivamente. Es cierto que para la entrada en juego del «pacto en contrario», a que hace mención el número 2.º, en relación al número 1.º, del mismo artículo 1.175 del Código Civil, es menester que el deudor y acreedor convengan (por múltiples razones), bajo el emparo de las licencias conferidas por las reglas del artículo 1.255 del propio texto legal, la derogación de los postulados proteccionistas del principio de la identidad de la prestación, misión atribuida por el legislador a los artículos 1.166 y 1.157 del Código Civil, operación jurídica, la propuesta, que, como bien puede observarse, no se opera *ipso iure*, sino que por voluntad del deudor y acreedor, al tenor del número 1.º del artículo 1.203, y en franca relación con el también artículo 1.258 del mismo Ordenamiento civil, y, como hemos dicho, por razón de la perfección del negocio, por lo que la *in solutum* incide en el campo del cumplimiento de las obligaciones con misión solutoria y, en su consecuencia, extintiva. Consignado el razonamiento que nos precede no es óbice, empero, que se nos plantee el alcance del inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 1.170 y del párrafo 1.º del artículo 1.872, ambos del Código Civil, en el sentido de que si se deja establecida en aquellas reglas una *datio* necesaria, que un día propició la Novela IV, Capítulo 3, de JUSTINIANO, por defecto de la exigencia de la voluntariedad en lo convenido, pues en la parte 1.ª del párrafo 1.º del

(20) Cfr., para un examen de los presupuestos, a POLACCO: *Della dazione in pagamento*, Verona, 1888 (autor citado por Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a los fines para los que nosotros también lo traemos).

artículo 1.170, se mantiene con todo el rigor el principio de la identidad de la prestación pactada, y es la 2.^a parte del párrafo mencionado (del artículo 1.170) la que, al margen de la oferta y consiguiente aceptación, propone la entrega de un *aliud pro alio*, lo que por la vía del establecimiento de lo que es una segunda posibilidad de prestar, a modo y ejemplo de una facultativa, *una res in obligatione, plures in facultate solutionis* (21), vendría a mantener nuestro texto legal la desaparecida *datio in solutum forzosa* (22), cual tesis, de contemplarla positivamente, nos conduciría al mantenimiento de aquella idea consistente en asegurar que la dación en pago no sólo la admite nuestro Ordenamiento, sino que la posibilita vía inciso 2.º del número 1.º del artículo 1.170, pues para abrogar el mandato del párrafo 1.º, nota 1.^a, «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada», es precisa la aquiescencia del deudor (Sentencia de 18 de noviembre de 1944), y no siendo posible entregar la especie pactada ordena la Ley que se realice *en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España*, cuya interpretación a contrario imperio obliga a la admisión de una *in solutum datio* legal, lo que sucede, por motivo diferente, por mediación del citado número 1.º del artículo 1.872; en el primer caso, sin duda, se autoriza una realización prestatoria diferente de aquella que convencionalmente se acordó en la obligación originaria, gozando, pues, la ocasión legal de suficientes requisitos (tales como la transmisión de cosa con *animo solvendi*, una *diversidad* entre lo debido y la prestación realizada y un *mandato de la Ley* en sustitución del acuerdo *inter partes*, con antecedentes en el período clásico romano) para que pueda predicarse el establecimiento de la figura por propia decisión del legislador (la necesario *in solutum*, a virtud del inciso 2.º del párr. 1.º del art. 1.872 del Código Civil, y la voluntaria, al amparo del art. 1.175, núms. 1.º y 2.º, en relación con el art. 1.255, permitiendo a las partes este último precepto derogar los postulados del art. 1.166 y hacerse realidad el *aliud pro alio*, a que se refiere la expresión «salvo pacto en contrario», de la parte 2.^a del indicado art. 1.175, todos del Código Civil). En el supuesto que se comprende en el número 1.º del artículo 1.872, «... podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este

(21) Alude al concepto de la obligación facultativa la Sentencia de 23 de enero de 1957, lo que no hace el Código Civil.

(22) Cfr. BORRELL I SOLER: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1944. El citado autor cree que el beneficio de la *in solutum datio* es incompatible con el procedimiento de apremio establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (cita efectuada por Carlos R. FERNÁNDEZ del trabajo ya mencionado en nota 6); GONZÁLEZ PÉREZ y JOSÉ ALGUER defienden la vigencia de la institución en Cataluña, sin embargo. *Anotación al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, tomo II, vol. 1.º, edición al cuidado de Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 322.

caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito», aunque circunstancia traumática para aquella relación obligatoria que se intuye, no por ello se adivina en menor medida que el propio precepto posibilita el *aliud* y establece, en su caso, el instituto de la *in solutum datio* (último inciso del párr. 1.º del art. 1.872 del Código Civil).

II

b) *Naturaleza jurídica*.—Es doctrina acertada aquella que niegue el *beneficium dationis in solutum* del Derecho de Pandectas escogiéndolo como punto de mira el artículo 1.157 del Código Civil, en correspondencia con el artículo 1.166 del propio texto legal, y en concomitancia estos preceptos con la doctrina jurisprudencial (Sentencia, entre otras, de 12 de marzo de 1925) (23). Pero nosotros hemos enfilado el punto de referencia al amparo de las reglas que se consignan en los artículos 1.170, número 1.º, inciso 2.º, y 1.872, párrafo 1.º, del Código Civil, y por fuerza de aquellas reglas traemos a capítulo la tesis de la *in solutum* forzosa, eso sí, con carácter de excepcional: cuál era su ámbito de aplicación. Aun así no es la naturaleza de la *datio legal* la que nos proponemos explicar, sino la de la *in solutum convencional* o dación en pago, a virtud del acuerdo derogatorio del requisito objetivo de la identidad de la prestación (arts. 1.157, 1.161 y 1.166, todos del Código Civil). La estructura de aquélla no resistirá otras discriminaciones que las provenientes de su origen, en relación a la que pasamos a estudiar.

Atendidas todas las explicaciones, aunque por razones de relevancia en el campo doctrinal, por su carácter constrictivo (los textos legales) y por la consideración que nos merecen las tesis jurídicas sostenidas por nuestro Alto Tribunal, en lo concerniente a lo que ha de ser la naturaleza de la dación en pago no se ha adivinado su verdadera arquitectura. Advirtiéndolo, sin embargo, que desde Roma (24) a nuestros días (25) no

(23) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL: «Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1944», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pág. 236. *Observación a la cita*: El comentario del indicado autor no lo es a la Resolución de la fecha propuesta, sino a la Sentencia del propio día y mes pero del año 1943; contrastar aquel dicho comentario con el *Considerando* 2.º de aquélla del año 1943, quedando al mismo tiempo subsanado el error de cita efectuado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el trabajo referenciado anteriormente, pág. 772, nota 75.

(24) Cfr. D. 13, 7, 24 pr., tesis sabiniana que fue contradicha por la doctrina formulada por los proculianos, D. 46, 3, 46.

(25) Cfr., en la doctrina española, desde CASTÁN a BERCOVITZ; en la extranjera, desde ENNECERUS a la reciente aportación de LÉOTY. En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 1881 (14 de noviembre) a la reciente de 13 de mayo de 1983, sin que al respecto quepa advertir otra diferente corriente

podía haber avanzado más el *proceso disgregador* de lo que es la verdadera naturaleza jurídica de la *in solutum datio*. Al respecto se han propuesto y razonado ideas diversas, con la brillantez propia de los autores que las han traído a colación, pero ninguna de ellas, a nuestro juicio, acierta con la que resulta ser su verdadera entidad jurídica. Nosotros, ahora y aquí, podríamos ofrecer una exposición y consiguiente crítica de aquellos pensamientos que la doctrina científica ha utilizado como instrumentos en la búsqueda de cuál era la entidad de la figura; estas dichas reflexiones se circunscribían, antes y ahora, en las siguientes consideraciones:

1. La *datio in solutum* se configura como una *compraventa*, sin que en la ocasión se repare en la diversidad de fines que las partes pretenden por su mediación (26), y se aduce, en su apoyo, que el crédito desempeña el papel de precio (siendo de objetar que no es un acierto asimilar a dinero o signo que lo represente, art. 445 del Código Civil, el derecho de crédito en cuestión); otras veces se opera la ficción del «débito compensado», en la una y en la otra no atienden siempre a la prestación de la *res debita*, reduciendo por esta vía la concepción amplificadora de la institución que le confiere el artículo 1.849 del Código Civil. La tesis expuesta trae causa del Derecho romano y es sostenida por un importante sector de la doctrina científica, nuestra y foránea (GARCÍA GOYENA, SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, entre otros; DONELO, PLANIOL-RIPERT, COLIN y CAPITANT, ENNECCERUS-LEHMANN, por citar algunos de trascendente significación en la problemática que viene al caso); la doctrina producida por el Tribunal Supremo ha sido un tanto generosa al respecto y su contribución ha consagrado las expresiones, en ocasiones, de, que *dare in solutum est vendere* y, en otras, de que se trata de un negocio que se nominaba *quasi vendere*; entre las más destacadas Sentencias son de citar las de 14 de noviembre de 1881, 9 de marzo de 1893, 31 de marzo de 1899, 22 de noviembre de 1901, 11 de junio de 1902, 5 y 6 de febrero de 1909, 21 de diciembre de 1905, 11 de mayo de 1912, 12 de octubre de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 1 de diciembre de 1918, 29 de noviembre de 1921, 9 de mayo de 1925, 25 de marzo de 1925, 29 de octubre de 1928, 20 de marzo de 1929, 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 9 de diciembre de 1944, 13 de marzo de 1953, 8 de noviembre de 1966 y 1 de marzo de 1969. Son de conveniente examen, en este mismo sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros

de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, la de 7 de febrero de 1941.

(26) Cfr., por todos, a BONET: «Comentarios a la Sentencia de 9 de diciembre de 1943», *Revista de Derecho Privado*, 1944.

y Notariado, pues sin que la asimilación del instituto sea tan decidida, sí, empero, puede verse en aquellas decisiones la clara inclinación a tratar a la dación en pago en términos de equivalencia con la compra y venta. Abundando en el campo de los órganos de aplicación del Derecho es de resaltar también, y a los fines que nos proponemos, los Acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y 3 de octubre de 1969. Al recurrir al amparo de nuestro texto legal, para con él claudicar frente a la idea que se deja consignada, venimos a compartir las opiniones de HERNÁNDEZ-GIL (27) y Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (28) en lo que hace mención a los apoyos legales, pues con dichos autores compartimos la afirmación de que los preceptos esgrimidos por la doctrina y jurisprudencia (Sentencia de 9 de diciembre de 1943, como de las más significativas) no se avienen al establecimiento de cuál haya de ser la naturaleza de la *datio pro soluto* y sólo incidentalmente relacionan las instituciones, lo que no autoriza a su asimilación con las presentes bases, lo que tampoco sería un sólido razonamiento doctrinal traer aquí a modo de apoyatura científica, lo que se dispone en el párrafo 365 del BGB, por las propias razones que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cita en su trabajo (ya referenciado, pág. 764, nota 41).

2. La *in solutum* o dación en pago, para un sector de la doctrina, viene a ser considerada como una *modalidad de pago*; en este sentido, sin mayores aportaciones, lo entienden RUGGIERO, PUIG PEÑA (29) y LATOUR BROTONS, de entre los que defienden la calificación. La idea adolece, para su racional mantenimiento, de un fundamental requisito; el de que al acreedor se le realice la misma prestación que se le adeuda; otra manera de pagarle, aun con el recurso de la derogación de la identidad de la prestación, al amparo del artículo 1.166 del Código Civil, no es técnicamente un cumplimiento, se trata pura y simplemente de un acto supletorio de lo que hubiera sido un pago estricto.

3. La *datio in solutum* contemplada como una *novación* en la doctrina francesa (AUBRY y RAU) (30). En Italia sostienen la similitud, entre otros autores, PACIFICI y MAZZONI (31). DE GASPERI presupone en la *datio* una novación; entre nosotros, MANRESA afirma que la figura propicia una nueva relación, y en favor de una naturaleza novatoria también

(27) Cfr. el trabajo citado, pág. 236, *in fine*.

(28) Cfr. el trabajo citado, págs. 764 y 765.

(29) Cfr. *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. I, Madrid, 1951.

(30) Cfr. *Cours de Droit Civil français*, tomo IV, París (s. a.), basando la tesis en el artículo 2.038 del Código de Napoleón.

(31) Cfr. *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, 5.ª ed., tomo IV, Turín, 1927.

se muestran proclives CLEMENTE DE DIEGO (32) y DE BUEN (33). Nuestra jurisprudencia, por mediación de aquella significativa Sentencia de 9 de diciembre de 1943, advierte que «la *datio* extingue, a consecuencia de la novación objetiva, la relación originaria». La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señala, aun a pesar de su moderación en sus calificaciones, en lo referente a la problemática que nos ocupa, que una de las posibles configuraciones del instituto que estudiamos puede ser la novación por cambio de objeto (Resoluciones de 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1943). FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al disentir de la presente calificación, se aviene a reconocer que la idea representa una postura progresista frente a la primera de las consignadas (dación significa compra y venta), si bien la considera «anacrónica». HERNÁNDEZ-GIL, al filo de la discusión, es también de criterio opuesto en lo que se refiere a considerar la *in solutum* como una novación objetiva (34). La objeción que por ahora cabe oponer a los autores contrarios a la similitud de las figuras que tratamos en este número es lo que se preceptúa en el artículo 1.849 del Código Civil, que, como dice BERCOVITZ, responde a la solución contraria, pensamiento afianzado por el comentario de GARCÍA GOYENA a su precedente, el artículo 1.763 del Proyecto del 51.

4. A modo de compendio o conclusión de los aspectos tratados en los tres números que nos preceden surge la idea de considerar a la *in solutum datio* de negocio de *caracteres complejos*; participa, se dice, de las naturalezas del pago, de la compraventa y de la novación. La complejidad que se supone conllevaría una intrincada institución, que al decir de GIORGI significaría que la dación en pago sería un *monstruum iuris*. La concepción no por enrevesada artificiosa deja de gozar del respaldo doctrinal que le proporcionan, en la doctrina francesa, PLINIOL-REPERT Y COLIN y CAPITANT; entre nosotros, recibe el favor de MUCIUS SCAEVO-LA, CASTÁN TOBEÑAS (al considerar el instituto como una modalidad o variante del pago, *ob. cit.*, pág. 298) y ESPÍN CÁNOVAS (35). PUIG BRUTAU, al propio tiempo, afirma que: «La pretendida investigación de un concepto fijo y unitario, que corresponda a la *datio in solutum* y que permita resolver todos sus problemas, es una ilusión». BELTRÁN DE HEREDIA rechaza la construcción propuesta de negocio complejo y propugna la existencia de «un contrato oneroso de transmisión, que tiene por fina-

(32) Cfr. *Instituciones de Derecho Civil español*, tomo II, Madrid, 1930, página 59.

(33) Cfr. *Notas al curso elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, tomo IV, Madrid, 1925, pág. 226.

(34) Cfr. trabajo citado, pág. 237, párrafo 2.º

(35) Cfr. *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, Madrid, 1954.

lidad la sustitución del pago por esa transmisión» (36). Rodrigo BERCOVITZ afirma que en la dación no se produce ningún cambio en la obligación; ésta sigue siendo la misma hasta su extinción, dice, por lo que es de criterio encontrado a la equiparación de las figuras (dación y novación) (37). El Tribunal Supremo, en Sentencias tan significativas como las producidas en 9 de diciembre de 1943 y 13 de mayo de 1983, conforma la dación en pago como de una compleja institución y en base a tal creencia proclama su participación en las figuras del *pago*, la *compraventa* y la *novación*, al igual que aquel sector doctrinal al que hemos venido refiriéndonos; la última de las sentencias señaladas, por hacer indicación de la más reciente, en su tercer considerando, sostiene «que este Tribunal... ha asimilado dicha atípica figura a la del contrato de compraventa, bien que con el matiz de no negar *su analogía* con otras convenciones, tales como forma de pago o como novación por cambio de objeto» (con cita de la de 9 de diciembre de 1943); en el quinto considerando afirma, entre otras tesis, «... si cabe, en la oportunidad del caso, como antes se ha indicado, la equiparación de la dación en pago a la cesión de créditos, derechos, rentas o productos en armonía con la más ajustada calificación de la *datio* como un negocio jurídico *complejo* que participa de las características del *pago* o *cumplimiento*, de la *compraventa* y de la *novación* por cambio de objeto», recordando que ya es doctrina que sostuvo la de 9 de diciembre de 1943.

Volviendo al filo del tema que en anteriores líneas hacíamos referencia, y una vez hecha sucinta mención a aquellos pensamientos a los que, decíamos, la doctrina y la jurisprudencia recurrían como instrumentos científicos (38) para con ellos proceder a la investigación de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*, resulta oportuno que desde ahora dediquemos nuestro esfuerzo a la construcción de cuál haya de ser la conveniente naturaleza de la dación en pago. En la explanación de la problemática a la que nos enfrentaremos no descuidaremos, en la búsqueda

(36) Cfr. *ob. cit.*, págs. 370 a 373.

(37) Cfr. *ob. cit.*, pág. 112, en la que cita en defensa de que la *in solutum* no tiene ningún efecto novatorio, invoca la Sentencia de 5 de marzo de 1965.

(38) Cfr., para un conocimiento de las teorías expuestas, con la pretensión de que conformen la naturaleza de la dación, los trabajos y obras que con dedicación *específica* a la materia han reflejado las ideas en boga, combatido y propuesto su tesis: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 756 a 797; Juan LATOUR, trabajo citado, págs. 628 a 631; HERNÁNDEZ-GIL, trabajo citado, págs. 235 a 238; R. BERCOVITZ, *ob. cit.*, págs. 106 a 114; Denise LÉOTY, trabajo citado, págs. 12 a 46; BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 364 a 373. Obras *generales*: Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 651 a 654; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 351 a 355; CASTÁN, *ob. cit.*, páginas 297 a 298; PÉREZ y ALGUER, *ob. cit.*, págs. 321 a 322; ENNECCERUS-LEHMANN, *ob. cit.*, págs. 319 a 321; LARENZ, *ob. cit.*, págs. 418 a 420; BETTI, *ob. cit.*, páginas 241 a 244, por todos.

de la esencia, cuáles hayan de ser los efectos que puedan producirse cuando la prestación que aceptó (a virtud de pacto anterior o simultáneo) el acreedor, en sustitución de la debida, devenga defectuosa, por vicios en la cosa o en la realización del hacer o en el no hacer, o por defectos en el Derecho.

Construcción y Derecho aplicable a causa de su naturaleza:

Z) *Construcción*.—No habrá de ser otra que la que se pueda extraer de las realidades que dan soporte al convenio que resultó ser causa de la abrogación del principio objetivo de la identidad, operándose por su mediación la *variación* del contenido de la relación originaria, de la prestación debida, en definitiva, y en virtud de aquella operación jurídica quedar el *solvens* obligado a un *aliud pro alio*, fin de aquella obligación surgida al mundo del Derecho por acuerdo de los sujetos *activo* y *pasivo*, fijándose el punto de referencia, aquellos dichos intervinientes, en la creación de un nuevo instrumento que, aunque supletorio, maniobrara con función solutoria, sin que proceda atribuirse el efecto cancelatorio por ser beneficio privativo de la Ley, circunstancia que acontece también cuando se trata de un pago estricto, pues éste procura satisfacer el interés del acreedor y la extinción de la obligación resulta *ipso iure*.

Cuáles hayan sido las necesidades o aspiraciones del *solvens* y *accipiens* que pudieran haber influido para acordar que el cumplimiento de una determinada obligación se materializara realizando una diferente prestación a la que inicialmente se pactó, son el fin real que se persigue en el negocio jurídico bilateral y oneroso que se deja establecido, amparado en la forma por el artículo 1.278 del Código Civil (39), y en el fondo por los artículos 1.166 y 1.255, en relación al número 1.º del 1.203, todos del propio Ordenamiento civil. El *aliud* es el contenido de aquella nueva relación de obligación que por el fenómeno de la novación impropia ha venido a sustituir a la anterior, por la fuerza de la *variación* de lo que era el originario objeto, de tal suerte que desde que prestaron su consentimiento a efectuar y recibir un *aliud pro alio* vienen obligados a cumplir (art. 1.258 del Código Civil), sin que resulte viable el pensamiento que albergue la creencia de que la originaria prestación podría desempeñar un papel a modo de *solutionis* alternativa, pues para la nueva prestación, que se realiza ahora o en otro momento, rige también el principio que preserva su identidad, de manera que sólo prestando el *aliud* convenido se paga y su cumplimiento significa, a razón de lo estipulado en el

(39) Cfr. parágrafo 305 del Código Civil alemán.

convenio novatorio, la efectiva realización de la *in solutum* comprometida. Las capacidades de las partes concurrentes en la celebración del negocio novatorio impropio, por analogía, se regularán por las reglas que lo hacen para los contratos, y si la *datio* significa dar o entregar alguna cosa, se estará a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.160 del Código Civil (40). Así, pues, al pacto derogatorio del artículo 1.166 admitiendo, por parte del acreedor, y a propuesta del deudor, o viceversa, el *aliud*, en vez de la prestación adeudada, ha de calificársele de negocio jurídico novatorio, por la vía modificativa de su objeto, consagrada por los artículos 1.203 y 1.207, entendido *a sensu contrario*, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de abril de 1947, entre otras de las más significativas). Establecida la naturaleza de la figura, calificándose a su *medio* de negocio jurídico bilateral y oneroso, de carácter novatorio, surge el debate doctrinal acerca de si aquella convención (o negocio), por mediación de la que se convino el *aliud pro alio*, es *real* o *consensual*, sin que al amparo de nuestro Ordenamiento (arts. 1.254, 1.258 y 1.278) pueda aceptarse la primera de las consideraciones, por lo que de contradictorio al principio espiritualista tendría, y que es el consagrado por nuestro Código Civil, suponiendo, sin embargo, en los contratos reales la *traditio* cuestión consustancial al negocio y, por ende, adquirir de este modo, como dice FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el rango de forma necesaria y esencial del contrato; no aviniéndose tal concepción al instituto de la *in solutum*, no sólo por significar una excepción a la libertad de la forma consignada en el artículo 1.278 del Código Civil, sino que por el propio alcance vinculatorio, *inter partes*, del acuerdo constitutivo del *aliud*, siendo la realización de la nueva prestación acto a valorar en la fase ejecutiva del negocio (41), y será entonces cuando deberá confrontar la prestación que se entrega con la comprometida en el negocio novatorio, pues si el programa al que HECK se refería no es escrupulosamente observado, no se entenderá pagada la deuda contraída (art. 1.157 del Código Civil). En connivencia de la tesis consensualista del convenio estableciendo la *datio in solutum*, en lugar de lo debido citamos, por todos, de parte de la doctrina científica, a Luis Díez-PICAZO (*ob. cit.*, página 652) y a Carlos R. FERNÁNDEZ (*trab. cit.*, págs. 784 a 797); del Cuerpo legal civil, los preceptos 1.254, 1.258 y 1.278 y la doctrina jurisprudencial que se explicita en las Sentencias de nuestro Alto Tribunal de 22 de octubre de 1914 y 7 de enero de 1944, por medio de las que el Tribunal Supremo deja explanada definitivamente la polémica en pro

(40) Cfr. al respecto lo que en esta obra se afirma acerca de la temática de las capacidades del *accipiens* y *solvens*, capítulo dedicado a los sujetos del pago.

(41) Cfr., por todos, a Rodrigo BERCOVITZ y R. CANO, en opinión opuesta, *ob. cit.*, pág. 112.

de una u otra conceptualización, quedando favorecida al respecto la tesis jurídica de la consensualidad (42) del negocio derogatorio del principio de la identidad y posibilitando desde entonces la realización de la prestación debida por mediación de la *datio in solutum*.

Nuestra afirmación en pro de asignar a la dación en pago la estructura jurídica de la novación impropia o modificativa descansa en aquellas realidades que bien pueden extraerse de la propia fenomenología que da vida al negocio que deja establecida la dación. Pero los que sostienen ideas opuestas a las que defendemos, las razones que aducimos no les son suficientes, y para sostén de las suyas, en ocasiones propugnadas con admirable brillantez científica, aunque inspiren reparo sus conclusiones, encuentran toda la fuerza obstaculizadora que les opone el artículo 1.849 del Ordenamiento civil (43). El razonamiento que ofrecemos no necesita del amparo del citado artículo 1.849, ni tampoco del favor del 1.166 del Código Civil, pues amén de que este último en su seno sólo resguarda el derecho del acreedor a la identidad de la prestación que se le adeuda (dejando configurada, entendida ésta *a contrario sensu*, eso sí, la institución de la *in solutum datio*), sin embargo, no hemos de negar que lo dispuesto en el primero de los preceptos (el art. 1.849), en relación al también artículo 1.847 del mismo texto, coadyuvará a nuestra tesis al disponer que «si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, ... quedará libre el fiador»; no otra ha de ser la significación del verbo «aceptar» que la de *aprobar* el *aliud pro alio*, en armonía con el principio que con carácter general se postula en el artículo 1.207, relacionándolos ambos mandatos se postula en el artículo 1.207, relacionándolos ambos mandatos (el del art. 1.849 y el del art. 1.207) con el número 1.º del artículo 1.203 GARCÍA GOYENA al artículo 1.763 del Proyecto del 51, el más inmediato precedente del artículo 1.849 del Código vigente; al comentarlo afirma que la aceptación del acreedor del *aliud* extingue por novación la relación originaria, y ello es lo que tiene lugar al variar su objeto, sin que quepa argüir, como se ha hecho, la falta de una expresa declaración de las partes; como dispone el artículo 1.204, se opera en el caso una novación

(42) La idea de encuadrar a la *datio* dentro de los convenios de carácter real no es de nueva configuración: la doctrina alemana con LEHMANN, con significación relevante; la italiana con BARASSI, BARBERO, etc., y en nuestro país, entre otras, se sumó a la corriente GONZÁLEZ PALOMINO. A la contra, y en favor de la que defendemos, surgieron autores de la relevancia de LARENZ, VON TUHR, LEONHARD, HECK, ESSER, etc.

(43) Cfr. los artículos 2.038 y 1.763 del Código Civil de Napoleón, el primero, y del Proyecto del 51, el segundo; precedentes, respectivamente, del 1.849 de nuestro Código.

modificativa y no, empero, lo que se establecería al abrigo del referido artículo 1.204 del Código Civil (44).

Y) *Derecho aplicable*.—El problema se agudiza cuando a un determinado instituto, como a la dación en pago, se le asigna una naturaleza trashumante. Surge entonces la necesidad de, en sus estados traumáticos, por motivos de saneamiento por evicción o vicios en la prestación (45), buscarle remedios que son propios de otras figuras que sí gozan de regulación propia. Los inconvenientes que este comportamiento aflora conducen a la inseguridad jurídica propia de la aplicación para cada determinada situación, y al pretexto de resolver problemas prácticos de reglas varias y diversas. La cuestión, pues, queda planteada para aquellas ocasiones en las que la prestación efectuada (*el aliud*) se manifiesta defectuosa de hecho o de Derecho. Tanto las doctrinas científica como jurisprudencial han pretendido la búsqueda de la normativa aplicable al caso concreto, y lo que es más, han creído haberla encontrado; en su empeño han acudido a construcciones como las que hemos señalado, sin que su artificiosidad haya significado ningún obstáculo para los autores que las han postulado. Nosotros creemos que si la civilística hubiese acertado en la calificación jurídica de la institución no habría sido necesario, para la protección de los intereses del acreedor, en supuestos patológicos, recurrir a construcciones que aun resolviendo los problemas de orden práctico, en la mayoría de los casos, sacrificaban la buena técnica jurídica.

Si el instituto de la *in solutum datio* lo descomponemos en dos piezas o partes (lo que es el negocio jurídico posibilitador de pagar una deuda ya contraída por medio de una prestación diferente de la originariamente pactada y la realización del *aliud pro alio*, establecida en el convenio o parte primera de la que trae causa esta segunda), hipótesis que en el campo operativo se hace realidad, la problemática de cuáles hayan de ser las reglas que en Derecho regularán el *negocio*, primero,

(44) Cfr. las Sentencias de 9 de diciembre de 1943 y 13 de mayo de 1983 como textos judiciales que dan cabida a nuestra idea novatoria del convenio, dejando configurada una *datio* por novación al variar su objeto o prestación entre las sentencias de mayor significación, amén de otras Resoluciones de la Dirección General de los Registro y del Notariado y del Tribunal Económico-Administrativo Central que ya hemos mencionado anteriormente. Encontrados son, al respecto, de configurar la *datio* como de naturaleza novatoria y también con referencia a la interpretación que asignamos al 1.849 del Código Civil los autores tantas veces citados, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, págs. 773 a 774) y Rodrigo BERCOVITZ (*ob. cit.*, págs. 113 a 114).

(45) No acertaríamos si creyéramos que el supuesto de los vicios ocultos, en la *datio* o en cualquier otra manera de transmitir la propiedad, sólo se puede dar cuando se trate de la entrega de cosas, también en la *cessio* de derechos y en aquellas prestaciones que se realizan haciendo o no haciendo lo prometido.

y el *acto solutorio*, después (éste en función supletoria de lo que habría podido ser un pago estricto), vendrán impuestas por la fuerza de nuestro Código Civil, al serles de aplicación a los negocios jurídicos, aunque por analogía, los preceptos del Título II, Libro IV, y demás artículos de general aplicación, y al acto de cumplimiento del *aliud* (en pago de la obligación convenida en aquel negocio jurídico de carácter novatorio, y creado con el fin exclusivo de que la actuación de su contenido realice los intereses de la relación originaria, con los efectos extintivos que el Ordenamiento le atribuye), los artículos que se contienen en el Capítulo IV del Título I del Libro IV, Sección Primera, del Código Civil (46). En la institución que contemplamos, al igual que en el cumplimiento propiamente dicho, la ejecución de la prestación convenida determina la extinción de la obligación, siéndole de estricta aplicación lo que se ordena en el artículo 1.157 del Código Civil, sin que el efecto cancelatorio que recae en el instituto modificado, a virtud de la *datio*, autorice la afirmación de que por motivo de dicho efecto se extinguió también la obligación originaria, pues éste se transformó, por la vía de la variación de su objeto (art. 1.203, núm. 1.º, del Código Civil), en la que tenía como contenido o fin el *aliud*, y consecuentes las partes con la alteración prestatoria convenida (la una por la otra) y al amparo del artículo 1.258 del Código Civil, no podrán pagar el uno, ni exigir el otro (art. 1.256), otra cosa o servicio que el acordado en base al artículo 1.166, comprendido a contrario imperio y en ejecución de la libre autonomía de la voluntad de las partes contratantes, consagrada como general principio en el artículo 1.255 del Ordenamiento civil.

III

c) *Requisitos y efectos*.—La derogación del fundamental principio consagrado en los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, a través del acuerdo posibilitador de la sustitución de la *res debita*, y su ejecución, por su medio y a virtud de la transferencia de lo que resulta ser el *aliud*, son esenciales requisitos de la institución, debiendo concurrir, en el momento del acuerdo objeto de la variación objetiva de la relación, de parte de los sujetos intervinientes, las capacidades que para la perfección de los negocios jurídicos, por analogía, exige el artículo 1.261 del

(46) Con acierto DÍEZ-PICAZO advierte que si el acreedor pierde el *aliud* por ser eviccionado por un tercero serán de aplicación las reglas del saneamiento (artículos 1.475 y ss. del Código Civil) sin la necesaria asimilación de la *datio* al contrato de compra y venta, pues las normas de la evicción son aplicables a todas las transmisiones de naturaleza onerosa.

Código Civil, y si la naturaleza intrínseca del débito que se establece conlleva la obligación de entregar o dar, conforme al número 1.º del artículo 1.160 del mismo texto legal, no será válida la ejecución de la *datio* si el deudor no tiene la libre disposición de la cosa debida y la capacidad para enajenarla. En lo que hace referencia al acreedor, deberá ser éste u otra persona debidamente autorizada para decidir el *aliud pro alio* (art. 1.162, en relación con el núm. 2.º del también art. 1.713), sin que al efecto pueda concebirse eficacia constitutiva con la intervención de las personas a las que se refieren los artículos 1.163 y 1.164 del Ordenamiento civil.

Por consecuencia de lo expuesto y en méritos de lo que es la propia función de la dación en pago es de buen criterio sintetizar los requisitos necesarios del instituto, reclamando para el supuesto: 1) la preexistencia de una obligación a cumplir; 2) efectuar la prestación en que la *datio* consiste con *animo solvendi*, pues, como dice LATOUR BROTONS, es necesaria la intención de pagar para extinguir una obligación, pues podría resultar un acto sin causa si no fuera comprensible el motivo del acto solutorio y en la donación, por otra parte, no concurrieran los esenciales elementos a los que hace mención el artículo 618, en relación con el 623, y demás preceptos de general aplicación (47); 3) capacidad de las partes para celebrar negocios, y a la que ya hemos hecho referencia (el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y Notariado han asimilado, a los efectos de la capacidad, y en lo que a nosotros nos concierne en este momento, la dación a la compraventa, Sentencias de 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948, y 10 de enero de 1919 y 13 de diciembre de 1934, respectivamente); 4) es fundamental, y de requisito esencial es rotulado por nuestro Código, Título II, Capítulo II, del Libro IV, el consentimiento de acreedor y deudor (art. 1.261) (sentencias del Alto Tribunal que en las inmediatas líneas que nos preceden hemos citado); de conveniente examen son, además, los preceptos 1.166 y 1.167 de nuestro primer Código; 5) un *aliud pro alio*, lo que se puede producir siempre que haya mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, y 6) ejecución del *aliud* en el momento temporal previsto en el negocio constitutivo de la obligación de prestar cosa o servicio diferente del que se había previsto en la relación originaria, rechazando cuál calificación de la *in solutum* dependiente de si la ejecución se realiza en el mismo acto del pacto (simultáneamente) o bien en tiempo posterior al convenio de variar el objeto, pues negamos que el *aliud* sea elemento constitutivo

(47) Cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947, 9 de diciembre de 1943 y 1 de diciembre de 1948, en relación al artículo 1.289 del Código Civil y en lo que concierne al requisito del *animo solvendi*.

y sí, empero, determinante para que pueda predicarse un cumplimiento de la obligación modificada objetivamente, por la fuerza de tener que efectuar un pago distinto al primeramente comprometido. La forma del pacto sustitutorio de la prestación adeudada se ajustará, en punto al principio espiritualista de la libertad, a las reglas generales que rigen la de los contratos (arts. 1.278 y sigs.).

Al hacer forzosa referencia a los efectos de la institución que estudiamos necesario resulta la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943, que afirma que: «como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores». Por razón de una modificación posterior del objeto de la relación, dice el artículo 1.849 del Código Civil, el fiador queda libre de las responsabilidades que garantizaba; era de la originaria y no de la nueva relación (en la que no ha intervenido) de la que respondía en fianza (cfr., por todos, BELTRÁN DE HEREDIA y LATOUR BROTONS) (48).

LUIS PASCUAL ESTEVILL
Doctor en Derecho
Abogado

(48) *Ob. cit.* anteriormente, págs. 374 a 379 y 637 a 638, respectivamente.