

Consideraciones sobre la dación en pago

I. INTRODUCCION

El artículo 1.156 del Código Civil, al enumerar los modos de extinción de las obligaciones, no se refiere a la dación en pago. En nuestro Derecho positivo tampoco ha encontrado esta figura una regulación adecuada a su importancia doctrinal y práctica. Sin embargo, pese al silencio del legislador español, no hay que pensar que esta institución sea totalmente desconocida en nuestro Derecho positivo, puesto que implícitamente en algunos artículos se da por supuesta (1). Ello permite en cierta medida, a través del estudio de los textos legales, poder configurar el contenido de la dación en nuestro ordenamiento jurídico.

Partimos de la idea de que la pretendida investigación de un concepto fijo y unitario que corresponda a la dación en pago y que permite resolver todos sus problemas, como afirma PUIG BRUTAU (2), es una ilusión. Y ello porque nos encontramos con una figura que presenta hipótesis distintas. Bien es verdad que la dación en pago aparece siempre ante el concurso de oferta y aceptación por parte de acreedor y deudor de una prestación distinta de la debida; sin embargo, si bien está nominada, su regulación no se encuentra en el Código Civil. ¿Por qué el legislador de 1889 no reguló la dación en pago? Es curioso que en las escrituras de

(1) En concreto, se hace mención a la dación en pago en los artículos 1.521, 1.636 y 1.849 del Código Civil y en los artículos 36, apartado 2, y 41, apartado 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A propósito de los diferentes sistemas legislativos puede verse PUIG PEÑA, F.: *NEJ*, Seix, tomo 6, Barcelona, 1954: «En las legislaciones se siguen dos sistemas en orden a este instituto: uno, el representado por las de tipo clásico, como el Código francés y español, que, no obstante acudir al mismo en el articulado, no lo disciplinan, y otro, el representado por las de patrón germánico, que regulan detalladamente la figura».

(2) PUIG BRUTAU, J., tomo I, volumen 2, Barcelona, 1985, págs. 317 y sigs.

dación en pago que hemos tenido oportunidad de consultar, la vinculación de la voluntad y la consumación de la dación se orientan hacia un mismo momento. Incluso tratándose de transmitir la propiedad de inmuebles se suele subordinar lo convenido a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, ese «dare» ¿ha de ser siempre transmisivo? ¿Por qué no se realizan escrituras en que jueguen con nitidez el momento de perfección de la dación y la consumación? Pensemos que nada impide que las partes, en base al artículo 1.255 del Código Civil, lleven a cabo un contrato de dación en el que se obligan a realizar una prestación distinta de la debida en un momento posterior (3). El problema es si durante ese período se deben dos prestaciones, con lo que tal vez nos encontraríamos con una relación de alternatividad o tan sólo una, produciéndose una novación por cambio de objeto.

Podría pensarse que nuestro legislador no ha regulado la dación en pago porque la explicación jurídica de los problemas que plantea se encuentra en la figura de la novación, en la del contrato o posiblemente en las relaciones de alternatividad. Creemos que estos son los linderos del tema a desarrollar a través de una selección ordenada con intención sistemática del enjambre de problemas que en estos linderos se albergan.

II. PRECEDENTES

1. *La «datio in solutum» en el Derecho romano*

En el Derecho romano el objeto de la obligación determina el del pago. Así en las obligaciones de no hacer se paga absteniéndose; en las de hacer se paga cumpliendo el acto. Pero es en las obligaciones de «dare» en las que se piensa cuando se dice que si bien en principio el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida (4), no obstante, con el consentimiento del acreedor, se le permite satisfacer con una prestación distinta, *aliud pro alio solvere*, en el caso normal de las *obligationes in dando*. Pero ¿qué implica el término «dare» en el Derecho romano? HEUMAN y SECKEL (5) ponen de relieve que «dare» significa:

(3) Al no estar regulada en el Código Civil, nada impide que el acreedor, no haciendo uso de la protección que le brinda el artículo 1.166 del Código Civil, acepte un cambio introducido por el deudor. Esta regulación se establece en parecidos términos en el artículo 1.243 del Code Civil francés y en el artículo 1.197 del Codice Civile italiano.

(4) En esta línea se manifiesta GIRARD, P. F.: *Manuel élémentaire de droit romain*, sixième édition, París, 1918, pág. 701.

(5) HEUMAN, H., y SECKEL, E.: *Handlexicon zu den quellen des Römischen Rechts*, Graz-Austria, 1971, pág. 120. En la misma línea, PASTORI afirma que dare

a) En un sentido amplio, la *transferencia de una cosa (tradere)*, esto es, que el receptor ha de llegar a convertirse en propietario, como, por ejemplo, en el *mutuum dare*, o que el receptor obtiene la cosa solamente para un *uso transitorio o para otros fines*, como ocurre con el depósito o con el arrendamiento.

b) En un sentido estricto significa en particular, tanto el objeto de la estipulación cuanto en la acción formal para las *actiones in persona*, la transferencia de una cosa en la propiedad del receptor, la transmisión.

Bien es verdad que hay autores, como D'ORS (6), que desde la perspectiva del Derecho clásico afirman que la *datio* suponía una transmisión de la propiedad, pero no es menos cierto que, como el mismo D'ORS expone, de acuerdo con la concepción «preposclásica» de GAYO, al decidirse éste a no identificar el *re obligari* con *datio obligari* admitió que la *obligatorio* podía surgir «re» sin verdadera *datio* por una simple entrega de detentación (depósito y comodato) o de posesión (*pignus datum*). Esto, como señala BALLARÍN (7), significa en el Derecho moderno que la *datio* va a designar presupuestos indiferentes o neutrales respecto de la transmisión dominical; es decir, que ya no significa existencialmente transmisión de la propiedad.

Pasando ya a la *datio in solutum*, en el Derecho clásico sólo se permite dicha forma de satisfacción con el consentimiento del acreedor: *datio in solutum* voluntaria. Además, en los primeros tiempos del Imperio se discutió si la extinción tenía lugar únicamente *ope exceptionis*, como sostenían los Procuradores o, *ipso iure* (como si fuera el mismo pago), como querían los sabinianos. Así GAYO en sus *Instituciones* (8) se refiere a esta cuestión; es decir, a la discusión sobre el efecto que produce el pago de una cosa por otra. Mientras que para los proculeyanos se extinguía la obligación por la *exceptio* que concedía el Pretor, para los

en sentido técnico implica una actividad, un *dare* material que determina un preciso resultado. Véase PASTORI, F.: *Concetto e struttura della obbligazione nel Diritto romano*, Milano, 1968-69, pág. 148.

(6) D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 5.ª edición, Pamplona, 1983, pág. 412, y «Sobre la suerte del contrato real en el Derecho romano», *R. D. Notarial*, abril-junio 1975, págs. 22 y 23.

(7) BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: *El cobro de lo indebido*, Madrid, 1985, pág. 135.

(8) Gayo 3,168: «Tollitur autem obligatio praeipue solutione eius, quod debeatur, unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure libeetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus iussum est». Es comprensible teniendo en cuenta que Gayo era sabiniano. Véase NARDI en ST. DONATUTTI 2, 1973, págs. 773 y sigs.

sabinianos, en cambio, se extinguía la obligación por la *datio (ipso iure)* (9).

En el Derecho posclásico (a partir del 239 d.C.), en atención a las dificultades económicas que supone la crisis de su época, se admite cualquier caso de *datio in solutum necessaria*. Por ejemplo, el supuesto de un deudor que no teniendo dinero y no encontrando comprador de un inmueble de su propiedad da en pago al acreedor el mismo inmueble (10). Sin embargo, también hay interesantes casos de *datio in solutum necessaria* en la época clásica bajo la forma de lo que podríamos llamar *datio in solutum legal* (11). Como podemos constatar, al igual que en la actualidad, se permite con respecto a las obligaciones de dar que se satisfaga al acreedor con una prestación distinta siempre y cuando otorgue su consentimiento.

En cuanto a los efectos, es evidente que a pesar de la discusión planteada la consecuencia práctica en ambos casos es la extinción de la obligación, ya sea por la *datio* o por la *exceptio doli* que concedía el Pretor con el fin de paralizar la acción de reclamación del acreedor doloso (12).

2. Derecho común

Dogmáticamente, como pone de relieve BUSSI (13), el Derecho común distingue una *datio in solutum* voluntaria de una *datio in solutum necessaria*. La primera es la que viene efectuada por el acuerdo de las partes, la segunda opera autoritariamente, *iussu iudicis*. Pero en esta época la *datio in solutum necessaria* tiene un carácter más general y se extiende también a las atribuciones al acreedor, previa estimación de la cosa dada. Por su parte, la *datio in solutum* voluntaria es considerada por los juristas como un contrato solutorio, irrevocable y de naturaleza

(9) Justiniano acogió la opinión sabiniana: Ins. Quibus modis (III, 30): «Tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit».

(10) Novela 4,3 del 535, y 120-6,4 del 544. Este beneficio de la «*datio in solutum necessaria*» se discutió si regía en Cataluña. En sentido afirmativo, véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Anotaciones al «Derecho de obligaciones»*, de ENNECERUS-LEHMAN, tomo II, vol. 1, Barcelona, 1933, págs. 315 y 317.

(11) Véase D'ORS, Á., *ob. cit.*, pág. 163, núm. 1.

(12) Para un análisis más detallado, dejando aparte los trabajos antiguos, como el de STEINER: *Datio in solutum* (1914), puede verse: LONGO: *NNDI*, 5 (1960), «S. V. *datio in solutum*». MASUMECI: *Marciano e gli effetti della «datio in solutum»*, en *IURA* (1969), págs. 524 y sigs. NARDI: *Radiografia dell «aliud pro alio consentiente domino in solutum dare»* (1970). MELILLO, G.: *In solutum dare*, Napoli (1970).

(13) BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* (Diritti reali e Diritti di obbligazione), Padova, 1937, pág. 329.

similar a la compraventa. De estos tres elementos que caracterizan esta figura BUSSI (14) deduce:

a) Que al igual que en la compraventa la *datio in solutum* debe valer *in toto*, es decir, no se admite la liberación del acreedor *pro parte*.

b) Por analogía con la compraventa, debe especificarse tanto el precio atribuido a la cosa dada *in solutum* como la deuda por la cual la mencionada cosa se cede.

c) Que cuando la *datio in solutum* fuese hecha *simpliciter* (sin expresar nada más) se presumía en la duda que estaba hecha por la totalidad de lo debido.

d) Que sería nula si el deudor no tenía ningún derecho sobre la cosa dada en pago.

3. *Derecho histórico español*

a) *Etapas anteriores a la Codificación*

Una primera referencia al principio de la identidad de la prestación en materia de pago se encuentra en el Fuero Real. Así en el libro II, título X, Ley XV, se establece la siguiente regla:

«Como es tenuto el vendedor de dar la cosa que vendió al comprador.

El vendedor, después que la vendita fuere cumplida derechamente sea tenuto de dar la cosa que vendiere a aquel que lo compró, si la pudiese hacer; casi por aventura no la pudiese hacer, no es derecho que sea constreñido de darle más de la valía, o tornarle el presci que rescibió del comprador, qual más quisiere aquel que la compra.»

En esta norma es interesante destacar, por un lado, la obligación del vendedor de entregar la cosa al comprador en atención al principio de identidad de la prestación; pero en el supuesto de imposibilidad el comprador no puede obligarle a entregar una cosa de mayor valor o a devolverle el precio que había recibido. Luego es evidente que el perjudicado no podrá exigir, a diferencia del Derecho actual, lo que podemos calificar como resarcimiento de daños y abono de intereses. Tampoco puede ser obligado a devolver el precio; luego parece que el texto implícitamente está pensado en la dación, pero con sentido distinto a la configuración actual.

(14) En este sentido, BUSSI, E., *ob. cit.*, pág. 330, recoge la opinión de Deciano, Durante y Baldo.

En efecto, en el supuesto de que una de las partes no pueda cumplir una determinada prestación en que la obligación consiste, ¿a qué vía se recurre? A diferencia de la configuración actual, parece que tendrá que cumplir la obligación entregando otra cosa de equivalente valor. Esto supone que no va a jugar ningún papel el consentimiento del acreedor a la hora de entregar una cosa por otra. En consecuencia, parece que el texto sólo contempla el supuesto de *datio in solutum legal*, ya presente en el Derecho romano.

Posteriormente ya *Las Partidas* contienen una regulación más extensa de la materia que examinamos. En concreto, la Partida 5 del título XIV, Ley 3.^a, establece:

«Pagamento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recebir, e deuese fazer de tales cosas como fueron puestas y prometidas en el pleyto quando lo fizieren, e non de otras si non quisiere aquel a quien fazen la paga. *Pero si acaesciesse que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador...* E deue pecharle el daño e el menoscabo que le vino por razón que non fizo aquella cosa, assí como prometio...»

Como se puede apreciar, esta norma establece la regla de que la prestación ha de ser igual a la que fue objeto del compromiso, entregando, en consecuencia, la misma cosa en que la obligación consiste. Incluso se prevé la posibilidad, no permitida actualmente en nuestro Código Civil, de dar una cosa por otra sin la voluntad del acreedor cuando el deudor no pueda cumplir la prestación a la que se había comprometido. Además deja esta decisión, no al consentimiento del acreedor, como sucede en el Derecho actual, sino al arbitrio judicial (15). Por tanto plantea una diferenciación clara con el Fuero Real: el arbitrio del Juez.

Por último, parece que este beneficio se plantea, de acuerdo con la interpretación dada por los comentaristas (16), como irrenunciable y dependiente del arbitrio judicial. Esto marca también una clara diferenciación con el Derecho positivo vigente, puesto que en ningún momento

(15) Evidentemente, dado el principio de libertad de estipulaciones que preside la materia de obligaciones, parece que quedará a salvo la posibilidad de que el acreedor, a título de pago, acepte una prestación diversa de la debida, puesto que la voluntad del acreedor debe dotar de eficacia suficiente a la realización de una prestación diversa de la debida. Véase, en este sentido, ALVAREZ PUGA, E.: *De la extinción de las obligaciones*, Barcelona, 1962, artículo 1.166, pág. 6.

(16) GREGORIO LÓPEZ, en *Las Siete Partidas*, tomo III, Barcelona, 1843, página 349, glosándolas puntualiza: «No deberá, pues, el deudor la mejor cosa de la que tenga, basta que sea de mediana calidad a juicio del magistrado según aquí se exprese. Este punto penderá del arbitrio del Juez. Nótese que a este remedio no puede renunciar el deudor, así como no puede renunciar al beneficio de la cesión de bienes...».

aparece como necesario el consentimiento del acreedor, requisito indispensable en el planteamiento actual de la dación en pago. En definitiva, estos textos nos ponen de relieve el principio básico que preside todas las normas que disciplinan el cumplimiento de las obligaciones; a saber, el que éste debe ser necesariamente realizado en la forma establecida en el momento de ser constituido el vínculo obligatorio. La obligación debe ser cumplida en su forma específica, tal y como determinan las voluntades concordantes del acreedor y del deudor. Por tanto podemos afirmar que se mantiene plenamente vigente la fórmula del Derecho romano, resumida en la frase *aliud pro alio, invito creditori solvi non potest*.

b) *Intentos codificadores*

El Proyecto de 1836, en su artículo 1.872, ya menciona el principio de identidad de la prestación en materia de pago. Es en el Proyecto de 1851 donde aparece una formulación en los mismos términos que el actual artículo 1.166 (pág. 1) del Código Civil. Como refiere el propio GARCÍA GOYENA al comentar esta norma (17), «es claro que podrá pagarse una cosa por otra consintiendo el acreedor». En consecuencia, desaparece ya de los textos legales el beneficio de la *datio in solutum legal* (18).

Finalmente, el Anteproyecto de Código Civil impreso por la Comisión de Codificación establece en el artículo 1.183 la actual redacción del artículo 1.166 con sus dos párrafos (19). De todo ello, como pone de relieve SERRANO ALONSO (20), se infiere que si bien el Código Civil no regula detalladamente la dación en pago, su admisión viene determinada no sólo por la circunstancia de que el propio Código de manera esporádica alude a la dación en pago, sino también porque en el citado artículo 1.166, siguiendo los precedentes en que se inspiran los redactores del propio Código, se deja abierta la posibilidad de que derogue la regla general de la identidad de la prestación, como requisito objetivo del pago, al admitir que con el concurso de la voluntad del acreedor el deudor quede liberado entregando una cosa diversa de la originariamente pactada.

(17) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1984, pág. 585. Como precedentes de esta norma se citan: artículos 1.243 francés, 2.146 de la Luisiana, 1.333 sardo, 929 de Vaud, 1.425 holandés y 1.196 napolitano.

(18) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 585, pone de relieve que «hasta ahora se ha observado en Navarra, pero no en Castilla».

(19) Este Anteproyecto es posterior al de los libros I y II del Código Civil de 1882, pero aparece impreso sin fecha ni pie.

(20) SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *R. Derecho Privado*, 1978, pág. 421.

III. FIGURAS AFINES

1. *Dación en pago y pago por cesión de bienes*

Pese a que en la literatura jurídica italiana haya mantenedores de la tesis conforme a la cual la cesión de bienes constituye un caso particular de *datio* (21), tanto el Derecho positivo italiano como el español es claro que desautorizan este criterio.

En el Derecho español el pago por cesión de bienes viene regulado en el artículo 1.175 del Código Civil en los siguientes términos:

«El deudor puede ceder los bienes a sus acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

A pesar de la aparente analogía que pueda existir entre la dación en pago y la cesión de bienes para pago, es claro que hay también importantes diferencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado. En primer lugar, la dación en pago, a diferencia de la cesión de bienes, no requiere ni estado de insolvencia ni pluralidad de acreedores (22) ni tampoco se extiende a todos los bienes del deudor (23). En segundo lugar, en la dación en pago la operación satisfactiva del interés del acreedor es una entrega realizada por el deudor distinta a la que inicialmente se había establecido, que puede consistir en el traspaso posesorio, en la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho, en un *facere* o en un *non facere*. Sin embargo, en la cesión de bienes *pro solvendo*, como pone de relieve la Sentencia de 1 de marzo de 1969 (24), «sólo atribuye la po-

(21) En este sentido, véase L'ASCOLI, A.: «*Cessio bonorum*» (voce) in *Digesto Ital.* MERLIN: *Della cessio bonorum nel nostro Diritto positivo, caratteri distintivi con la datio insolutum*, en *Foro delle Venezie*, 1933, pág. 591. En contra, SOTGIA: *La cessione dei beni ai creditori*, Torino, 1975, pág. 15.

(22) En esta línea, CAMPOS HERNÁNDEZ, M., en «Notas sobre la dación para pago en los convenios extrajudiciales», *R. Gral. Dcho.*, 1954, pág. 372, puntualiza: «El pago por cesión implica pluralidad de acreedores, requiriendo la intervención de todos, sin que obliguen los acuerdos de la mayoría en el sentido de imponer la cesión a los que voluntariamente no lo aceptaron.»

(23) Véase ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. 3, Madrid, 1974, pág. 139.

(24) En el mismo sentido, Sentencias de 11 de mayo de 1912, enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 17 de abril de 1948, 13 de marzo de 1953 y 14 de octubre de 1960.

sesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe». Consecuencia de esto tenemos que mientras la dación en pago libera al deudor de modo definitivo y completo, es decir, extingue la obligación, la cesión de bienes, como dice el legislador, sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, con lo que estamos en presencia de una *cessio pro solvendo*. En consecuencia, sólo liberará al deudor en la medida en que los acreedores vayan siendo satisfechos (25). Por último es necesario destacar que, como señala VON TUHR (26), «en caso de duda sobre si las partes se proponían realizar una dación en pago o la entrega de un objeto en función de pago debe entenderse esto, a menos que se pruebe que se trataba de extinguir inmediatamente el crédito».

2. Dación en pago y adjudicación en pago

GIORGI (27) ya advertía, al estudiar la *datio in solutum*, que esta figura «se ha estimado por los modernos merecedora de tan poca consideración, que no sólo no ha encontrado lugar en los Códigos, sino que le ha faltado un nombre propio en el vocabulario jurídico del día». Es por esta razón por lo que frecuentemente encontramos empleados como sinónimos los términos «dación y adjudicación en pago» (28).

(25) Véase Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de abril de 1965 y Acuerdo del mismo Tribunal de 30 de octubre de 1969 (Aranzadi de 1970, núm. 46). En este mismo sentido, GAMBÓN ALIX, G., en «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», *R. D. Priv.*, 1962, pág. 1060, matiza: «Cuando se produzca el supuesto, por lo demás muy frecuente, de que el importe líquido de los bienes cedidos sea inferior al montante del pasivo que acrediten los cesionarios, no se habrá producido, ciertamente, una extinción de la deuda, sino, antes bien, una modificación en las obligaciones que dieron causa a la cesión, que ahora, por virtud del prorrateo del precio alcanzado en la liquidación, han quedado disminuidas en mucho o en poco». La cesión no extingue por sí misma, es decir, que se perfecciona la obligación, sino que para lograr el efecto extintivo es indispensable llegar a un estadio ulterior, ya dentro de la fase de consumación.

(26) VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, tomo II, 1.^a edición, Madrid, 1934, pág. 14. En el mismo sentido, se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, págs. 361 y 362: «En caso de duda, nada especificaron, deberá entenderse que se trata de una *cessio pro solvendo*, puesto que *pro soluto* lleva consigo la renuncia de este derecho a exigir el primitivo crédito, la cual no deberá sobreentenderse, sino que sólo podrá ser reconocido cuando así, de un modo expreso, se hubiese establecido». Sobre esta cuestión puede verse Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1970 (R. 4246).

(27) GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, Madrid, 1913, pág. 339.

(28) Así, emplean estos términos como sinónimos: CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo III, 13.^a edición, Madrid, 1983, pág. 395, y MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII,

Ambas figuras tienden a cumplir un fin análogo: la extinción de la obligación, pero ello no implica que tengan los mismos requisitos y efectos (29).

En efecto, nuestra legislación admite el concepto de adjudicación en pago para calificar todos aquellos que se realizan en procesos divisorios y además para todos los actos en que una autoridad, sea o no judicial, en cumplimiento de un precepto legal, suple la voluntad individual, dando por extinguido un crédito o parte del mismo transfiriendo la propiedad de una cosa. Sin embargo, en los procesos divisorios no se puede hablar de dación en pago por la sencilla razón de que, salvo casos especialísimos, falta la preexistencia de una obligación de dar cosa determinada. En todos estos procesos, como pone de relieve BAS Y RIVAS (30), previo un período de liquidación, se llegan a fijar unos haberes, y aunque por cláusula contractual o de última voluntad se determine que para el pago de cierto haber se transfieren bienes determinados, si así se hace sólo habrá pago; la dación la habría si, previo acuerdo, en lugar de esos bienes se dieran otros distintos, formaran o no parte de la masa común a que el proceso se refiere.

Por tanto, sin tener en cuenta los procesos divisorios, tal vez pudiera considerarse que conceptualmente dación y adjudicación tienen en común la preexistencia de una obligación de entregar cosa determinada y la extinción de aquella obligación mediante la entrega de una cosa distinta. La dación en pago, a diferencia de la adjudicación, no requiere la solemnidad de la intervención de una autoridad o funcionario. En aquélla el acreedor presta su consentimiento para que se lleve a cabo la dación en pago; en la adjudicación ese consentimiento lo suple la Ley a través de un funcionario. Por último, en la dación el valor de estimación se hace de común acuerdo entre acreedor y deudor, y, en consecuencia, la obligación se extinguirá cualquiera que sea el valor de la cosa dada en pago. En la adjudicación en pago no puede ocurrir así (31).

Finalmente, estas ideas se ven claramente si examinamos algunos su-

2.ª ed., Madrid, 1907, pág. 314, el cual afirma que «la adjudicación en pago suele llamarse dación en pago...».

(29) Ya en el Derecho romano se distinguían los términos *solutio* y *adjudicatio*. Para D'ORS, A., *ob. cit.*, parág. 160, la *adjudicatio* es un residuo de la antigua *addictio* del Magistrado que tenía fuerza constitutiva. Es una *pars formalae* que faculta al Juez para adjudicar derechos.

(30) BAS Y RIVAS, F.: «La dación, adjudicación y cesión de bienes en función de pago de deudas», *RCDI*, 1945, págs. 589 y 590.

(31) Hay que tener en cuenta que tratándose de acciones divisorias siempre se lleva a cabo una valoración de los bienes que se adjudican.

puestos de adjudicación que contempla el Código Civil. A este efecto LATOUR (32) habla de varios casos de adjudicación, de los que claramente se puede deducir que no existe dación en pago: El primer supuesto típico de adjudicación por acto de autoridad es el contemplado en el artículo 615 del Código Civil. La adquisición de la propiedad en este caso no se produce de un modo ordinario (la ocupación), pues dicho precepto tan sólo otorga un derecho exclusivo de adquisición a favor de la persona que cumple los supuestos de hecho que en el precepto se establecen; se transforma en propiedad mediante la adjudicación por la autoridad y no por la apropiación.

En segundo lugar, tampoco puede entenderse que exista una dación en pago de los casos de adjudicación por el ejercicio de acciones divisorias (33). Basta pensar que la adjudicación en estos casos lleva consigo, y como requisito previo, la valoración de los bienes que se adjudican, mientras que lo relevante en la dación en pago no es la valoración, sino que las partes acepten el *aliud pro alio*.

3. Dación en pago y obligación alternativa

Como ya hemos puesto de relieve, el artículo 1.166 del Código Civil consagra el principio de identidad de la prestación, principio que innecesariamente reitera el artículo 1.131 en cuanto a las obligaciones alternativas (34). En la medida en que éstas suponen la existencia de varias prestaciones y la elección posterior de una de ellas, se puede pensar, en principio, en la posibilidad de que la obligación alternativa entrañe una dación en pago. Examinemos si esta afirmación es cierta. En la vida de la obligación alternativa, como afirma HERNÁNDEZ GIL (35), «hay dos momentos capitales, junto a su contenido disyuntivo, que son la elección y la concentración. Por medio de la primera, su titular, el titular del derecho de elección, que puede ser el deudor (y hay presunción de que lo es por el art. 1.132 del Código Civil) o el acreedor, decide cuál es la prestación sobre la que la obligación se concentra. La concentración es, por tanto, la consecuencia del ejercicio del derecho de elección e implica la extinción de la alternativa».

Es cierto que en la obligación alternativa hay una obligación única,

(32) LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», *R. D. Privado*, 1953, pág. 633.

(33) Como ejemplo pueden citarse: artículos 399, 404, 406, 1.061, 1.062, 1.065, 1.066, 1.068, 1.069, 1.070, 1.072, 1.074, 1.078, 1.085, 1.086 y 1.708 del Código Civil.

(34) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, A.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XV, vol. 2, Madrid, 1983, págs. 163 y 164.

(35) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Naturaleza jurídica de la obligación alternativa», *R. D. Privado*, 1942, pág. 555.

y que se pueda dar el supuesto, al igual que en la dación en pago, de que el acreedor consienta en recibir una cosa por otra, según la elección posteriormente realizada. Pero la diferencia fundamental radica en que en la obligación alternativa ambas prestaciones son debidas por estar *in obligatione*, de tal modo que el pago y cumplimiento de una de las prestaciones debidas, por virtud de ese particular fenómeno de concentración que señala HERNÁNDEZ GIL, constituye el cumplimiento puntual de la obligación, cualquiera que sea la elegida (36). Por el contrario, la dación en pago surge precisamente cuando *ab initio* sólo se ha previsto una determinada prestación, conviniendo *a posteriori* ambas partes interesadas la realización de una prestación distinta.

Por otra parte, el fundamento de una y otra figura jurídica, como pone de relieve MERINO (37), es diferente, porque «mientras en la obligación alternativa lo que existe es una indeterminación de las partes intervinientes acerca del específico objeto de la prestación, por el contrario, en la dación en pago existe siempre una perfecta determinación inicial de la prestación; es en un momento posterior cuando surge, no la indeterminación volitiva, sino la conveniencia o la necesidad de sustituir el objeto primeramente estipulado por otro diferente y aun de distinta naturaleza.

En tercer lugar, como señala Díez PICAZO (38), la facultad de elección en la obligación alternativa es «un simple derecho potestativo o facultad de configuración jurídica» a favor del que realiza la elección del objeto de la prestación. Por el contrario, en la dación en pago, entendida en sentido estricto, la determinación del *aliud* se verifica mediante un acuerdo mutuo entre ambas partes interesadas.

Por último queremos destacar que esta distinción es clara cuando se refiere a la dación en pago en sentido estricto, es decir, contempla tan sólo la hipótesis en que la recíproca atribución patrimonial entre acreedor y deudor produzca un inmediato efecto extintivo, no operándose ninguna transformación en la originaria relación obligatoria.

Sin embargo, si aceptamos un sentido amplio de dación en pago aparecen, a nuestro juicio, ciertas conexiones con la obligación alternativa

(36) Sobre esta idea, puede verse: GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 344, y POLACCO, V.: *Dazione in pagamento*, Verona, 1888, págs. 12 y sigs. Sin embargo, no faltan autores que confunden ambas figuras. Así, BOILEUX, J. M., en *Commentaire sur le Code de Napoleon*, tomo V, París, 1857, pág. 384, después de referirse a la dación en pago, afirma: «Decíamos así (relativo a la dación en pago) cuando el mismo comprador hubiera estipulado en el acto mismo de la venta que podría librarse entregando una cosa determinada, pues esta cosa sería solamente *facultate solutionis*.

(37) MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: «La dación en pago», *R. D. Notarial*, 1975, página 85.

(38) Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1983, pág. 503.

que si bien no significan una asimilación que explique por sí sola la dación en pago, en conexión con otras figuras podría ayudar a delimitar los efectos meramente obligatorios de la dación en pago entendida en este sentido amplio.

4. *Dación en pago y obligación facultativa*

HERNÁNDEZ GIL (39), al hablar de la obligación facultativa, afirma que se trata de una figura próxima a la obligación alternativa, de la que, sin embargo, se diferencia. La obligación facultativa, como pone de relieve el citado autor, se da cuando si bien el deudor está obligado a una determinada prestación, le asiste la facultad de extinguir la obligación y liberarse mediante la realización de una prestación distinta de la debida. Es decir, la obligación contiene una sola prestación y la otra está únicamente *in facultate solutionis*. Ello permitirá en el momento del pago liberarse con una prestación distinta. Es por tanto el deudor el que tiene la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto. Pero, en definitiva, el deudor debe tan sólo una prestación. En relación con la dación en pago, se plantea qué diferencias podemos establecer entre ambas figuras. En definitiva, se trata de averiguar cuándo estamos en presencia de un «contrato de dación en pago» y cuándo nos encontramos ante un contrato, en virtud del cual se concede al deudor la facultad antedicha. Pensemos que la obligación facultativa no está regulada en el Código Civil, y, en consecuencia, nada impide que se establezca al amparo del artículo 1.255 del Código Civil. Pero en la obligación facultativa se debe a una prestación, aunque se concede al deudor (en ocasiones se puede conceder al acreedor) la facultad de liberarse *sin necesidad de nuevo convenio*, variando si quiere el contenido de la prestación. Luego, en definitiva, en el momento de constituirse la obligación las partes saben que existe esta facultad. Sin embargo, en la dación en pago hay un primer momento en virtud del cual se constituye la obligación principal, cuyo objeto será la realización de una prestación, y caso de que el deudor acuerde con el acreedor variar el contenido de la prestación tendrá que llevar a cabo un contrato de dación en pago en base al que consentirán un cambio en el contenido de la prestación, y, finalmente, cuando ésta se ejecute se extinguirá la obligación principal. Luego en la dación en pago, a diferencia de la obligación facultativa, hay tres momentos: constitución de la obligación principal (art. 1.089 del CC), convenio de dación en pago y ejecución del mismo. Por el contrario, en la obligación facultativa hay

(39) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, reedición, Madrid, 1983, página 156.

dos momentos: constitución de la obligación con *facultas solutionis* y ejecución de la obligación, bien sea ejerciendo o no está facultad.

POLACO y GIORGI (40) entienden que «cuando el acreedor haya consentido recibir la cosa puesta *in facultate solutionis*, el pago de ésta no cesa de ser una *datio in solutum* porque si bien es cierto que el acreedor ha consentido desde un principio recibir la cosa puesta *in facultate solutionis*, el recibirla no era un derecho para el acreedor, que no habría podido nunca pedirla. Por tanto, no estando la cosa *in obligatione*, el pago que se haga con ella es siempre un *aliud pro alio* consentido por el acreedor; no importa nada que haya dado este consentimiento anticipadamente». No compartimos esta postura porque a nuestro juicio estos autores olvidan los distintos momentos de la dación en pago y de la obligación facultativa. Ello supone además que en esta última el acreedor consiente la *posibilidad* de ejercitar la *facultas solutionis* por parte del deudor, mientras que en la dación en pago, en sentido estricto, el acreedor consiente un cambio efectivo del contenido de la prestación, con lo que así como en el primer caso este cambio se lleva a cabo por la exclusiva voluntad del deudor, en la dación en pago en principio juega la voluntad de ambas partes.

IV. CONCEPTO Y SIGNIFICADO JURIDICO DE LA DACION EN PAGO

1. *Significado jurídico*

El deudor, de acuerdo con el artículo 1.166, apartado 1, del Código Civil, está obligado a prestar exactamente aquello a que se ha comprometido, no pudiendo entregar otra cosa aun cuando fuera de igual o mayor valor que la debida. Pero nada obsta, partiendo de una concepción amplia de la dación en pago, considerar que se refiere a todos los supuestos en que el acreedor acepte voluntariamente (*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*), para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. Evidentemente, en cuanto no se realiza la misma prestación que se debía se requiere el consentimiento del acreedor, ya que de lo contrario éste no podría ser compelido a recibir una prestación distinta.

La doctrina se plantea qué calificación jurídica se puede otorgar a la

(40) POLACCO, V., *ob. cit.*, pág. 45; la llamada *datio in solutum* necesaria. Sin embargo, DEMOLOMBE excluye en este caso el concepto de *datio in solutum*. Véase DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, XXVII, 4, París, 1876, pág. 202, parág. 228.

dación en pago. En concreto, ESPÍN y SERRANO ALONSO (41), pensando en el artículo 1.261 del Código Civil y apoyándose en un sector de la doctrina italiana (42), hablan de un contrato extintivo. En el Derecho italiano la admisión de esta postura se deduce claramente del artículo 1.321 del Código Civil italiano en cuanto dispone que «el contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial». A esta postura se objeta sin fundamento que en nuestro Derecho positivo no cabe por cuanto el legislador español maneja un concepto más restringido de contrato y sólo contempla la faceta del mismo como fuente de obligaciones (43). Incluso BERCOVITZ (44), en este sentido, afirma que «de acuerdo con los principios ordenadores del contrato en nuestro Código Civil, no cabe dicha calificación porque el concepto que éste maneja es el de negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones».

Sin desconocer que la extinción de la obligación principal no es tanto finalidad como consecuencia, reflejo de la ejecución del contenido de la prestación objeto de la relación obligatoria, no vemos ningún inconveniente en que las partes, en base al principio general de la autonomía privada del artículo 1.255 del Código Civil, establezcan una reglamentación de sus intereses a través de un contrato que persiga el cumplimiento de la relación obligatoria, satisfaciendo por tanto el interés del acreedor y, en consecuencia, produzca la extinción de la obligación.

2. *Consentimiento anterior o simultáneo a la realización de la prestación*

Para que podamos hablar de dación en pago es necesario el acuerdo del acreedor y del deudor, es decir, que ambos consientan el cambio en el contenido de la prestación.

(41) Entre ellos, ESPÍN CÁNOVAS, D., *ob. cit.*, pág. 137, y SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 428.

(42) En la doctrina italiana, BARASSI: *La teoria generale delle obbligazione*, III, Milán, 1946, pág. 914. En contra, GIORGIANI, M., *ob. cit.*: «la *datio in solutum* non si identifica in un generico contratto estintivo (previsto dall'art 1.321). E questa invece l'opinione dominante, la quale si fonda sul presupposto della necessità del consenso del creditore. Ma la qualifica generica di contratto estintivo non tiene conto del fatto che la *dation in solutum* è diretta, nell'intenzione delle parti, ad attuare il rapporto obbligatorio e che l'estinzione di esso non è altro che la conseguenza riflessa di tale attuazione».

(43) Esta afirmación no es cierta por cuanto si bien el contrato aparece con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre las partes, no podemos olvidar que las partes mediante una relación contractual crean, modifican o extinguen una determinada situación. Ejemplo, la cancelación de la hipoteca.

(44) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1, Madrid, 1980, pág. 111.

En esta materia se nos plantea si este acuerdo puede ser anterior o simultáneo a la realización de la prestación distinta de la debida o debe ser en todo caso simultáneo a tal realización.

A este efecto, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (45) se cuestiona «hasta qué punto se vio afectada la relación obligatoria, tal y como originariamente había sido establecida, por este posterior contrato». El problema está íntimamente conectado, por un lado, con el carácter consensual o real de la dación en pago y, por otro, con su posible asimilación a la novación. Sin perjuicio de un análisis posterior de estos temas, creemos que la admisión de un acuerdo, bien sea anterior o simultáneo a la realización del contenido de la prestación, no ofrece ningún inconveniente. Es más, en la realidad del tráfico nos encontramos con supuestos en los que la dación en pago se constituye por el mero consentimiento. Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (46), en algunos casos resueltos, se manifestaba en los siguientes términos: «Habiendo convenido los contratantes la *cesión* o transmisión de la referida mitad en pago de éste (el crédito) semejante convenio en que ha existido consentimiento expícito en la cosa y en el precio, constituye una venta perfecta que impone al vendedor la obligación ineludible de entregar al comprador la cosa...».

Los problemas acabados de exponer con respecto a la dación en pago provienen, como pone de relieve JORDANO BAREA (47), de la confusión de dos momentos:

1) Acuerdo de las partes de realizar, con carácter extintivo de la obligación, una prestación diferente de la debida (variar el contenido de la prestación).

2) Realización de ese *aliud*, que implica la consumación del convenio de *datio in solutum* y la extinción de la obligación inicial.

En consecuencia, la dación en pago se perfecciona desde que acreedor y deudor hayan convenido *aliud pro alio solvere*. La realización de la prestación, convenida en sustitución de la anterior, corresponderá al momento ejecutivo del convenio, ya perfecto desde que acreedor y deudor han decidido llevar a cabo la dación en pago. Finalmente, aunque nor-

(45) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 784.

(46) Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1914. En parecido sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1944, y recientemente la Sentencia de 13 de mayo de 1983. También puede apreciarse la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936.

(47) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pág. 86. En contra, BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, págs. 111 y 112, y ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, pág. 143.

malmente los dos momentos coinciden, es decir, se da la unión temporal, nada impide la separación conceptual de los mismos en base a la admisión del acuerdo tanto anterior como simultáneo a la realización de un contenido de la prestación distinto del debido.

3. Acepciones

La admisión de un momento de perfeccionamiento anterior a la realización del *aliud* nos lleva a plantear distintas hipótesis con respecto a la figura objeto de nuestro estudio.

La primera se presenta cuando el perfeccionamiento y el *aliud pro alio* se llevan a cabo en un mismo momento; es decir, que el consentimiento y la *datio* (48) se realizan sin mediar un período de tiempo. Este tipo de dación en pago es el que generalmente se lleva a cabo. Incluso, tratándose de transmitir la propiedad de inmuebles, se suele subordinar lo convenido a la inscripción en el Registro de la Propiedad (49), con lo que ésta queda configurada como condición suspensiva de lo convenido, tanto de la transmisión del inmueble como del pago y extinción de la deuda. La finalidad que se persigue es asegurarse de que efectivamente se va a producir la satisfacción del acreedor y consiguiente extinción de la relación obligatoria.

Pero nada obsta, de acuerdo con la calificación que hemos otorgado a la dación en pago, para que en base al artículo 1.255 del Código Civil las partes presten su consentimiento y convengan hacer efectiva la prestación en un momento posterior. Ello supone aceptar una dación en pago con efectos meramente obligatorios, hipótesis que la doctrina italiana viene rechazando. Así RODOTÁ (50) afirma que la dación en pago tan sólo se refiere a la hipótesis en que la recíproca atribución patrimonial entre deudor y acreedor produce un inmediato efecto extintivo, sin operar ninguna transformación en la relación obligatoria. Esta conclusión es clara si tenemos en cuenta que el Código Civil italiano contempla en su artículo 1.197 (51) esta figura, lo que sirve de base a las afirmaciones antedichas. Pero al no contar en el Código Civil español con una regulación

(48) Al hablar de *datio* aceptamos el sentido amplio al que hacen referencia HEUMAN, H., y SECKEL, E., *ob. cit.*, pág. 120.

(49) Por las escrituras de dación en pago que hemos tenido oportunidad de consultar, ésta suele ser la fórmula más usual tratándose de bienes inmuebles para asegurar un verdadero cumplimiento.

(50) RODOTÁ, S.: *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, pág. 738.

(51) El artículo 1.191, pág. 1, del Codice Civile italiano establece: El deudor no puede liberarse entregando una prestación diversa de la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta. En este caso, la obligación se extingue cuando la prestación diversa es cumplida.

expresa de la dación en pago y desde su configuración como contrato, podemos admitir, partiendo de los artículos 1.166, 1.254 y 1.255 del Código Civil, las dos hipótesis de dación en pago.

4. *Carácter consensual o real del contrato de dación en pago*

Una cuestión directamente relacionada con la anterior es precisamente el carácter consensual o real de la figura objeto de nuestro estudio. Históricamente se ha discutido si la dación en pago posee carácter consensual o real. POTHIER (52), señalando las notas distintivas entre la compraventa y la *datio in solutum*, afirmaba que «el contrato de compra y venta es de los consensuales, mientras que para la dación en pago es necesaria la tradición».

Parte de la doctrina italiana (53) y alemana (54) han considerado que la dación en pago es un contrato real que se perfecciona al ser realizada la nueva prestación y es distinto del precontrato de dación en pago o *pactum de insolutum dando*. Por tanto diferencian el *pactum de insolutum dando* o precontrato de dación en pago, que constituye una simple promesa de la llamada dación en pago (55), solución clara teniendo en cuenta la configuración en su ordenamiento jurídico de estas materias.

Si analizamos el Derecho positivo vemos que el carácter real de esta figura no viene establecido en los ordenamientos que contemplan una regulación de la misma. Tan sólo en el Código Civil de la provincia canadiense de Quebec, en concreto en el artículo 1.529, párrafo 2, se afirma: «La dation en payment n'est cependant parfaite que par la delivrance de la chose». Sin embargo, la jurisprudencia canadiense, interpretando este precepto, ha declarado que si bien la deuda no se extingue hasta el momento de la entrega o tradición de la cosa, la dación en pago es obligatoria entre las partes con anterioridad a la entrega (56). El planteamiento válido de acuerdo con la configuración del contrato en nuestro Derecho positivo se centra en distinguir los momentos básicos de esta fi-

(52) POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción española, Barcelona, 1841, págs. 303-306.

(53) BARASSI, L., *ob. cit.*, pág. 914. BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, vol. II, 3.ª edición, Turín, 1951, págs. 32 y sigs.

(54) Véase RÖMER: *Die leistung an zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen recht*, Tubinga, 1886, pág. 3. PLANCK: *Bürgerliches gesetzbuch*, tomo II, Berlín, 1900, págs. 143 y sigs. SCHOLLMAYER: «*Recht der schuldverhältnisse*» (*Kommentar*), tomo I, Munich, 1900, pág. 281. Más recientemente, LEHMANN-ENNECERUS, *ob. cit.*, págs. 315 y sigs.

(55) Véase KUHLENBECK: *Staudigers kommentar zum B.G.B.*, tomo II, parte 1, parágrafo 364.

(56) Véase JEANNIN-NALTET: *La dation en payment en Droit français et anglais comparés*, París, 1934, págs. 314 y 315.

gura y su incidencia o no en el campo de la obligación originaria. En consecuencia, hay que diferenciar, por un lado, el acuerdo por el que el acreedor y deudor deciden llevar a cabo un cambio en el contenido de la prestación. Esto supone que desde este momento se obligan al cumplimiento del *aliud* en que la prestación consiste. Por otra parte está la realización del *aliud* como atribución patrimonial, con lo cual se ejecutará el convenio anterior produciendo la extinción de la obligación. Por tanto, no vemos inconveniente en pronunciarnos por el carácter consensual de la dación en pago, porque si es en el momento del acuerdo de las partes cuando se obligan al cumplimiento del *aliud* en que la prestación consiste, será entonces cuando se entiende perfeccionado el contrato de acuerdo con las normas generales que presiden esta materia. Esto significa que en la dación en pago la entrega se realiza *solvendi causa*, es decir, como efecto obligatorio del contrato, a diferencia del contrato con carácter real, en el que se requiere estructuralmente la presencia de una entrega que es manifestación del consentimiento. En el primer caso la entrega es *contrahendi vel obligandi causa*, mientras que en el segundo se realiza *solvendi causa* (57).

En definitiva, como afirma JORDANO BAREA (58), la constitución puede aislarse, lógicamente, de la *in solutum datio*. En esta línea Díez PICAZO (59) manifiesta que «en el actual estado de nuestro Derecho positivo, de acuerdo con los artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil, la regla es la consensualidad y el carácter real parece excepcional». De igual forma, LACRUZ (60) establece que «la dación en pago es eficaz por el mero convenio (art. 1.255 del Código Civil) y vinculante desde entonces».

5. *Momento de perfeccionamiento*

Anteriormente hemos apuntado el carácter consensual de la dación en pago. Es verdad que cuando una persona acuerda con otra la sustitución del contenido de la prestación que originariamente se pactó y efectivamente se realiza dicha prestación nueva desaparece la relación obligatoria. Pero el problema se centra en averiguar si el momento de perfeccionamiento de la dación en pago es el momento en que las partes acuerdan la realización del *aliud* o, por el contrario, hasta que no se realiza dicha prestación nueva no puede decirse que la dación en pago se ha perfeccionado. Ello es importante por la incidencia que puede tener

(57) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos...*, págs. 12 y sigs.

(58) JORDANO BAREA, J. B., *ob. cit.*, pág. 86.

(59) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 663.

(60) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, II*, vol. 1, Barcelona, 1977, pág. 93. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, pág. 143.

en la obligación y por la posibilidad o no de reclamar, caso de incumplimiento, el primitivo contenido de la prestación.

Pensamos que las partes lo que quieren es conseguir que se vean satisfechos sus propios intereses, y, evidentemente, esto supone que se extinguirá la relación obligatoria. Si éstas manifiestan su voluntad de que se realice el cambio antedicho es porque aceptan ambas la sustitución. Es esta voluntad la que nos sirve de base para afirmar que si deciden obligarse, y en virtud del artículo 1.254 del Código Civil se obligan, la dación en pago no tiene por qué no considerarse válidamente constituida. Ello no significa que la efectiva satisfacción de los intereses en juego se lleve a cabo siempre en un momento posterior. Pero no creemos que se pueda violentar la voluntad de las partes, ya que éstas lo único que pretenden es satisfacer el interés del acreedor pendiente.

Hay, pues, dos momentos fundamentales en la dación en pago. Pero en virtud del primero se constituye la dación y en virtud del segundo se extingue la relación obligatoria. En este sentido el Tribunal Supremo recientemente (61) ha establecido el criterio de que «la dación en pago pactada por las partes extinguió la prestación primitiva...». En definitiva, no hemos de olvidar que las partes expresan su voluntad de obligarse, y desde entonces deben considerarse formalmente obligados. A pesar de las ideas anteriormente apuntadas, no faltan autores que estiman que «no sólo es necesario el acuerdo de acreedor y deudor, sino también el cumplimiento de la prestación nueva, ya que si ésta, en vez de realizarse, únicamente se promete, entonces hay realmente una novación porque se cambia, bien una obligación por otra, bien dentro de la misma obligación la prestación debida por otra» (62). En consecuencia, la dación en pago requerirá como elemento constitutivo la ejecución de la prestación nueva.

A nuestro juicio, como afirma Díez PICAZO (63), ningún precepto legal autoriza a considerar la dación en pago como un contrato que se perfeccione con la *datio rei*.

Pero además, como pone de relieve MESSINEO (64), en la dación en pago el cumplimiento efectivo es condición para que se *extinga* la obligación, y, por consiguiente, el mismo se refiere al momento *ejecutivo* del pacto, mientras que el contrato real es solamente aquel para cuya *constitución* sea necesaria una entrega simultánea.

Por último se puede pensar que si realmente la dación en pago se per-

(61) Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983.

(62) ALBALADEJO GARCÍA, J., *ob. cit.*, págs. 143 y 144.

(63) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 663.

(64) MESSINEO, F.: *Derecho civil y comercial*, tomo 4, Buenos Aires, 1955, página 205.

fecciona con el consentimiento se extingue la obligación anterior y surge una nueva, con lo que estaremos ante una novación. Sin perjuicio de una exposición posterior para que podamos hablar de esta figura, hay que partir del artículo 1.204 del Código Civil, que establece: «Para que la obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles». En materia de dación en pago, cuando las partes dan su consentimiento para que sustituya el contenido de la prestación, lo que persiguen es crear un medio de extinguir la relación obligatoria, pero en ningún momento piensan llevar a cabo una relación obligatoria distinta. Con respecto a la incompatibilidad, DÍEZ PICAZO (65) pone de relieve la idea de que «a falta de expresión del *animus novandi*, la regla de incompatibilidad sólo aparece cuando la relación obligatoria pertenece a un tipo distinto». Se funda en el Anteproyecto de 1882, que hacía referencia a obligaciones incompatibles «por naturaleza».

En diverso sentido SANCHO (66) afirma que «la incompatibilidad viene dada por la unidad de causa: una segunda obligación es incompatible con la primera cuando responde a la misma causa en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil». Por cualquiera de los dos caminos no vemos que sean incompatibles, sino que, por el contrario, como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (67), «la obligación de dar en pago algo distinto no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ellas creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación».

6. Conexión con la relación obligatoria

El problema, a nuestro juicio, se centra en la determinación de si la dación en pago posee una causa propia o si realmente tiene causa en un negocio antecedente, en aquel que dio nacimiento a la obligación.

En principio hemos de partir que desde el momento en que se faculta al deudor a liberarse con una prestación distinta a la que constituía el objeto de la obligación se plantea cuál es el carácter de esa atribución patrimonial en que el *aliud* puede consistir. Como ya hemos puesto de relieve, esta atribución patrimonial se realiza *solvendí causa*, es decir, que producirá la extinción de la obligación. Ello no significa, como han afirmado algunos autores (68), que necesariamente tenga carácter oneroso, puesto

(65) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, pág. 800.

(66) SANCHO REBULLIDA, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 1, Madrid, 1980, pág. 574.

(67) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 787.

(68) En este sentido, puede verse WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, II, 1, Torino, 1904, parág. 342, notas 10 y 14. También BELTRÁN DE HEREDIA Y CAS-

que, como pone de relieve OPPO (69), «el atribuir al pago carácter intrínsecamente oneroso corresponde a la opinión un tiempo dominante que afirmaba la necesaria onerosidad el pago, encontrando correspondencia en la liberación del deudor del vínculo obligatorio; estudios más recientes y profundos han demostrado, sin posibilidad de duda, el error de aquella opinión. Se ha puesto de relieve acertadamente que la liberación de la obligación no puede calificarse de 'correspondencia' de la *solutio*; la primera (la *solutio*), efectivamente, no es más que un efecto ligado por la Ley a la segunda (prestación cumplida), connatural al cumplimiento e implícito en su concepto, mientras que 'correspondencia' de una prestación no puede ser más que la contraprestación perseguida como finalidad de la propia prestación de quien cumple, y la cuestión de la onerosidad o gratuidad de una atribución se resuelve según exista o falte en el acuerdo de las partes un particular ligamen (interdependencia) con otra prestación. La extinción de la obligación cumplida constituye un efecto, ligado por la Ley al pago e implícito en su concepto». Sobre la base de lo expuesto, OPPO (70) concluye afirmando que las nociones de gratuidad y onerosidad no son aplicables con propiedad al pago, limitándose su aplicación al negocio, del cual constituye aquél ejecución (71).

Más claramente VON TUHR (72), defendiendo la posición de que no toda transmisión *solvendi causa* tiene carácter oneroso, señala que «respecto de la cuestión de la onerosidad, la *causa solvendi* en que se funda el cumplimiento de las obligaciones... carece de significado: es necesario remontarse a la causa más profunda del acto de cumplimiento, es decir, a la causa del negocio que dio nacimiento a la obligación». En consecuencia, será necesario remontarse a lo que VON TUHR denomina «causa más profunda», lo cual implica que, efectivamente, la dación en pago tiene causa en el negocio antecedente. De ahí que no podamos afirmar con carácter general la onerosidad, sino que habrá que atender a la fuen-

TAÑO, J., *ob. cit.*, pág. 374, habla de «contrato oneroso de transmisión». En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1947 ha afirmado que se trata de un acto oneroso. Y la Resolución de la DGRN de 10 de agosto de 1918 conceptúa la dación en pago como un contrato de enajenación a título oneroso.

(69) OPPO, G.: *Adepimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 211. En la doctrina española recoge esta postura SÁNCHEZ BLANCO Y SÁNCHEZ BLANCO, J.: «Onerosidad, gratuidad y causa», *RDP*, 1952, págs. 503-505.

(70) OPPO, G., *ob. cit.*, pág. 212.

(71) Pero el mismo OPPO, G., *ob. cit.*, pág. 214, advierte que hay que reconocer que gratuidad y onerosidad, en cuanto invisten al contrato, se reflejan en su fase ejecutiva, aunque sea sin determinar aquí un segundo acto oneroso o gratuito.

(72) VON TUHR, A.: *Teoría general del Derecho civil alemán*, tomo V, Buenos Aires, 1948, pág. 166.

te de la obligación inicial para determinar el carácter oneroso o gratuito de la transmisión. Si contiene, como señala el artículo 1.274 del Código Civil, «prestaciones o promesas de una cosa o servicio por la otra parte», la transmisión en pago tendrá carácter oneroso, ya que, como afirma BARASSI (73), la dación en pago en sentido propio no es un contrato a título oneroso, pero contiene una subordinación recíproca de intereses opuestos que se acentúa cuando la prestación se refiere a la extinción de una obligación procedente de un contrato a título oneroso.

V. CUESTIONES EN TORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

1. Teorías

Como expone ESPÍN (74), la escasez de regulación de esta materia en el Derecho positivo ha determinado un amplio debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago, encaminada principalmente a resolver los efectos que produce la pérdida por evicción o la existencia de vicios ocultos en la cosa dada en pago al acreedor. Se establecen diversas soluciones, cada una de las cuales se apoya en una determinada explicación jurídica de la operación, constituida por la dación en pago. Y como siempre que se trata de precisar los efectos de una figura jurídica poco reglamentada, se busca su posible comparación o incluso identificación con otras figuras dotadas de amplia regulación legal para hallar de esta manera indirecta las reglas que pueden resolver las cuestiones que puede plantear en este caso la dación en pago (75).

La doctrina clásica francesa, encabezada por POTHIER (76) y apoyada en textos de Derecho romano, afirmaba que «el acto de dación en pago es muy semejante al contrato de compra y venta. La cosa que se

(73) BARASSI, L., *ob. cit.*, pág. 147. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, página 796, pone de relieve cómo puede suceder que el *aliud* se ejecute en cumplimiento de una promesa de donación que haya sido aceptada, en cuyo caso la transmisión será hecha a título gratuito; por ejemplo, si habiéndose donado en documento privado un bien mueble y constando por escrito la aceptación, se entrega en cumplimiento de la donación una cantidad de dinero o una cosa mueble distinta de la donada.

(74) ESPÍN CÁNOVAS, D., *ob. cit.*, pág. 136.

(75) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. 2, Barcelona, 1985, pág. 319.

(76) POTHIER: *Tratado de compra y venta*, edición española, 1841, págs. 303-306. En parecido sentido, DOMAT en *Leyes civiles en su orden natural*, tomo II, 2.ª edición, Barcelona, 1884, pág. 262, afirmaba que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad recibida».

entrega en pago representa la cosa vendida y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio». Sin embargo, el mismo POTHIER se cuida de establecer las diferencias que considera existentes entre ambas instituciones, que si bien no compartimos en toda su extensión, son interesantes de destacar:

a) El contrato de compra y venta es de los consensuales; para la dación en pago es necesaria la tradición.

b) Si se vendiese una cosa y se compensase su precio con una cantidad que el vendedor creía erróneamente deber al comprador tan sólo puede repetirse el precio equivocadamente compensando; si se da una cosa en pago de una cantidad que equivocadamente creía deberse puede repetirse la cosa misma.

c) En la compra y venta no hay obligación inmediata de transmitir la propiedad; en la dación en pago es requisito esencial la transmisión de la propiedad; transformar en dueño al *accipiens*.

En parecido sentido se manifestaron PLANIOL y RIPERT (77) al afirmar que «las dos operaciones se asemejan mucho». De una manera general conviene aplicar a las daciones en pago todas las reglas previstas para la venta, en particular las reglas concernientes a las obligaciones del vendedor.

Esta asimilación de la dación en pago a la compraventa fue también seguida con respecto al Derecho alemán por ENNECERUS (78), el cual estimaba que «el convenio sobre la *datio in solutum* es un contrato oneroso de enajenación, puesto que el objeto se da a cambio del crédito. Por consiguiente, en lo que afecta a la responsabilidad por un vicio del Derecho y por los vicios de la cosa, tienen que aplicarse las disposiciones sobre la compraventa como prescribe también el parágrafo 361».

Por último no han faltado en la doctrina española, tanto anterior como posterior a la promulgación del Código Civil, autores que ponen de relieve las analogías entre la dación en pago y la compraventa, declarando que «la dación en pago viene a constituir una enajenación parecida a la compraventa, en la cual dicho crédito figura como precio» (79).

(77) PLANIOL, M., y RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1926, página 185, parág. 528. Es de destacar que en ediciones anteriores defiende distintas teorías. Véase ediciones de 1902 y 1905.

(78) ENNECERUS-LEHMANN, *ob. cit.*, pág. 315.

(79) Así se expresa SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo 4, 2.ª edición, Madrid, 1899, pág. 278. También puede verse MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Madrid, 1907, pág. 296, aunque incurriendo en algunas contradicciones afirma que «la dación en pago es una especie de compraventa en que el importe de la obligación primitiva hace las veces de precio...». Sin embargo, en el tomo X, 2.ª edición, Madrid, 1908, pági-

A nuestro juicio, la asimilación a la compraventa persigue, fundamentalmente, poder aplicar las normas establecidas para esta figura en materia de saneamiento por evicción y por vicios ocultos.

Pero no es necesario acudir a semejante ficción cuando, en definitiva, las reglas relativas al saneamiento por evicción son aplicables generalmente cuando se transmite una cosa a título oneroso (aunque hay institutos en los que esta regla no cuadra por las peculiaridades de cada figura). Además de tener algún sentido, sería cuando el objeto de la dación en pago es una cosa y lo debido era dinero (80). Pero ello supondría contemplar supuestos concretos, haciendo depender el tema de la naturaleza jurídica de la que tenga el *aliud* en que la prestación consiste. Por otra parte, como pone de relieve FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (81), «mientras en la compraventa no existe relación obligatoria preexistente entre las partes ni por tanto crédito ni deuda entre ellas, la dación en pago presupone precisamente esa obligación, ese crédito y esa correspondiente deuda». Ello sin contar la diversa función económico-social de ambas figuras, puesto que, como posteriormente veremos, es requisito esencial en la dación en pago el *animus* o finalidad que persiguen las partes cuando realizan la dación en pago. Y es esta función económico-social o «causa», como la denomina BETTI (82), la que tipifica ambas figuras como independientes y distintas. Por último, como muy acertadamente expone MERINO (83), «hay que tener en cuenta que del mismo modo que el *aliud* en que consiste el objeto de la dación en pago no tiene por qué consistir necesariamente en una cosa o en una cantidad de dinero, también la relación de la cual ha nacido la obligación del deudor puede ser de muy variada índole: «Tanto puede tratarse de un contrato como de una indemnización por daños derivados de un hecho ilícito; y aun tratándose de un contrato, tanto

nas 16 y 17, afirma que por la dación y adjudicación en pago se extinguen obligaciones y por la compra y venta se crean desde que el contrato se perfecciona entre comprador y vendedor.

(80) En este sentido se pronuncia BRUMENTHAL, citado en RÖMER, *ob. cit.*, páginas 11 y 12, llegando a la conclusión de que la dación en pago es un contrato bilateral de naturaleza variable. En parecidos términos GLÜCK, en *Commentario alle Pandette*, libro XXI, Milano, 1898, pág. 145, intenta salvar estas objeciones afirmando que la dación en pago se asemeja unas veces a la compraventa y otras veces a la permuta.

(81) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, págs. 762 y 763.

(82) Véase BETTI, E.: «Teoría generale del negozio giuridico», en *Trattato di Diritto Civile italiano*, tomo II, vol. XV, de VASALLI, Torino, 1955, págs. 173 y sigs.: «solo così, esaminata la struttura —forma e contenuto (il come e il che cosa)— del negozio, può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perchè). Tale funzione, che con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la 'causa', ossia la ragione del negozio...».

(83) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 93.

puede ser oneroso como lucrativo, compraventa o permuta, y aun ni siquiera de los traslativos del dominio».

Una segunda postura ha asimilado la dación en pago a la novación. Surge fundamentalmente en Francia como reacción a la doctrina anterior y con apoyo en el artículo 2.038 del Código Civil francés. La norma del Código de Napoleón establecía: «L'acceptation volontaire que le créancier a fait d'un inmueble où d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne a en être évincé».

Con base en este texto, la doctrina francesa, encabezada por BAUDRY-LACANTINERIE (84), afirma que «si la caución queda extinguida o liberada es porque la primitiva obligación ha sido definitivamente extinguida, lo que únicamente se puede explicar por la novación». Esta solución tuvo seguidores en el Derecho español tomando como base el artículo 1.849 del Código Civil, que es traducción literal del precepto del Código Civil de Napoleón. En efecto, el artículo 1.849 del Código Civil establece: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Este texto ha constituido la base para afirmar que si el fiador queda libre es porque la antigua obligación, y con ella la fianza, se han extinguido, siendo sustituida aquélla por una nueva obligación mediante la novación. En consecuencia, afirma DE BUEN (85), «la dación en pago tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago».

Vamos a examinar el artículo 1.849 del Código Civil. La extinción de la fianza a la que se refiere el precepto no se produce en el momento de la aceptación del acreedor, como a primera vista podría entenderse, sino cuando el deudor cumple el contrato de dación en pago, es decir, cuando se ejecuta el convenio, y por tanto en principio se extingue la obligación. La extinción de la fianza, según establece el precepto, se mantiene aun en el supuesto de que no se produzca la satisfacción del acreedor.

(84) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Trattato teorico pratico di Diritto civile. Delle obbligazione*, vol. II, Milano, 1915, pág. 807. En la misma línea, AUBRY y RAU, en *Cours de Droit civile française*, tomo 4, 1902, pág. 258, nota 1, apoyándose en el texto legal afirmaban que la dación supone que se ha operado entre las partes una novación expresa y tácita, como consecuencia de la cual, la prestación primitiva ha sido reemplazada por otra.

(85) DE BUEN, D.: *Notas al curso elemental de Derecho civil de COLIN y CAPITANT*, tomo IV, Madrid, 1925, pág. 226. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, Madrid, 1930, pág. 323, sostiene que la dación en pago es considerada más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto.

Si admitiéramos que el fiador se libera en el momento en que el acreedor consiente la sustitución de la antigua prestación por la nueva tendríamos que concluir que es porque se ha producido la extinción de la obligación inicial y se ha creado una nueva. Esta hipótesis creemos que va contra la voluntad de las partes y contra la dicción del artículo 1.849 del Código Civil, que si se refiere al supuesto de pérdida por evicción es porque efectivamente se ha entregado ya la prestación. Además, la dación en pago, como ya expusimos anteriormente, no reúne los requisitos exigidos por la Ley en orden a la existencia de una novación extintiva (artículo 1.204 del Código Civil) porque las partes, cuando deciden dar en pago una prestación distinta de la debida, no pretenden sustituir la obligación anterior por una nueva, sino simplemente satisfacer sus intereses y, en consecuencia, extinguir la relación obligatoria.

Ello sin contar con que, de afirmar que se produce una extinción de la obligación en el momento de perfeccionamiento de la dación en pago, desaparecerían todas las garantías personales o reales en el momento en que se extinguiese la obligación inicial para dar paso a la nueva obligación (86). Creemos que las partes en modo alguno pretenden que se extinga la relación obligatoria y nazca una nueva, sino que una vez realizada la nueva prestación es cuando la relación obligatoria primitiva quedará extinguida. Lo contrario, a nuestro juicio, supondría violentar la voluntad de las partes.

En consecuencia, como afirma GIORGIANNI (87), «no hay ningún momento anterior al cumplimiento en que la obligación precedente sea extinguida: como en el pago, también en la dación en pago la obligación se extingue cuando es cumplida». En el mismo sentido GRASSETTI (88) afirma que en la dación en pago a la extinción de la obligación no sigue la constitución de ninguna otra relación.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en la dación en pago, entendida en un sentido amplio, puede existir un período de tiempo entre la perfección y la ejecución durante el cual la prestación no se ha llevado a cabo pero sí ha variado el objeto de la relación obligatoria. Pensemos que se puede producir tanto un cambio en el objeto de la obligación (conducta de *dare*, *facere*, *non facere*) como en el contenido de la prestación (cambiar el contenido del *dare* o del *facere*) (89).

En consecuencia, lo que produce es un fenómeno novatorio por cam-

(86) Véase artículo 1.207 del Código Civil, y más extensamente la postura de POTHIER, en PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, pág. 184, nota 2.

(87) GIORGIANNI, M., *ob. cit.*, pág. 151.

(88) GRASSETTI, C.: *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960, pág. 175.

(89) En este sentido, DÍEZ PICAZO contempla tanto la novación modificativa como extintiva: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1984, pág. 317.

bio del objeto referido, bien a la conducta o incluso sólo al contenido de la prestación.

Por último ha habido algunas posiciones doctrinales que consideran la dación en pago como una institución compleja. En este sentido COLIN y CAPITANT (90) afirman que «la dación en pago es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor) e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable, bien a una compraventa, bien a una permuta». La dación en pago, continúan afirmando, aun siendo comparable con el pago o con la compraventa, no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes. En la doctrina española, en cierta medida, mantiene esta postura CASTÁN (91) cuando afirma que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una modalidad o variante del pago (y consiguientemente una causa de extinción de las obligaciones), pero que implica a la vez una transmisión onerosa y ofrece desde este punto de vista analogías con el contrato de compraventa».

Esta posición doctrinal, que considera la dación en pago como una institución compleja, como afirma GIORGI (92), convierte a la *datio in solutum* en un *monstrum iuris* con tres aspectos y tres caras totalmente distintos. Pero aparte de este inconveniente, los mismos autores que tan ardientemente defendieron esta postura reconocieron las objeciones que se pueden hacer de esta tesis. Así son PLANIOL y RIPERT (93) los que después de haber apoyado la tesis de COLIN y CAPITANT vienen a reconocer que «las nociones de venta y novación se excluyen recíprocamente en cuanto que la venta implica una liquidación por compensación subsiguiente y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva que subsistirá hasta ese momento». Esto demuestra que no es compatible la consideración de que la dación en pago implique por una parte una novación y por otra una venta de la cosa que se da en pago, puesto que el hablar de venta supone en todo caso la subsistencia del crédito inicial.

Examinadas las principales posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago y sus respectivos inconvenientes,

(90) COLIN y CAPITANT: *Cours Elementaire de Droit civil français*, tomo II, 10.^a edición a cargo de JULIOT DE LA MORANDIERE, París, 1953, págs. 647 y 648.

(91) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo III, 13.^a edición, Madrid, 1983, pág. 397.

(92) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 346.

(93) PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, págs. 183-185.

creemos que la vía indicada en este punto es la trayectoria que apunta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, seguida por Díez PICAZO (94), de considerar que la fijación de la naturaleza jurídica de la dación en pago exige contemplar por separado el convenio entre deudor y acreedor y la realización de la prestación distinta de la debida; porque del valor y significado que se otorgue al convenio depende la naturaleza jurídica de esta figura. Siguiendo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y la línea marcada en algunas sentencias del Tribunal Supremo (95), la dación en pago en nuestro ordenamiento jurídico es un contrato nominado pero atípico, en el sentido de que si bien viene mencionado por la Ley, como afirma JORDANO BAREA (96), «está desprovisto de una normación específica», aunque hay que reconocer que tiene cierta tipicidad social y por tanto la laguna que supone su falta de regulación en el Código Civil puede ser llenada con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica (97). Además, este contrato no sustituye la obligación por una nueva, sino que en ocasiones supone un cambio del objeto, produciéndose un fenómeno de novación impropia o modificativa. El acuerdo de dar en pago de la obligación una cosa diversa de la debida se orienta hacia la extinción de la relación obligacional, pero no exactamente a una novación extintiva (98), y directamente a la satisfacción del interés del acreedor. Por último queremos destacar que se trata de un negocio de actuación dado que si bien se perfecciona por el consentimiento, hasta que no se realiza la prestación no se producirán los efectos que persigue la figura: la satisfacción del acreedor y consiguiente extinción de la obligación.

En consecuencia, podemos afirmar que no estamos ante una novación extintiva, sino que puede decirse que el convenio de dación en pago no altera la obligación inicial, y la obligación de dar en pago es accesoria de la relación obligatoria a que hace referencia (99). Puede objetarse que el artículo 1.849 del Código Civil constituye un punto de apoyo en la demostración de la tesis de la extinción de la relación obligatoria como

(94) Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, págs. 784 y sigs. Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos...*, cit., pág. 664. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, págs. 98 y sigs.

(95) En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983 habla de contrato atípico.

(96) JORDANO BAREA, J. B.: «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, tomo 2, página 68.

(97) JORDANO BAREA, J. B.: *Los contratos...*, cit., pág. 68.

(98) En esta línea, véase LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, cit., pág. 94.

(99) En contra de esta postura, véase BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, páginas 111 y sigs. SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 428, apoyándose en PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, págs. 357 y sigs., que realiza una construcción en base a conceptos del Derecho anglosajón.

consecuencia de la dación en pago. Pero esta interpretación es salvada muy acertadamente por MERINO (100), quien en la línea de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirma que «lo que parece que el Código ha querido decir en el citado precepto es que al igual que la fianza se extingue por el normal cumplimiento de la obligación, del mismo modo también debe extinguirse cuando la obligación se cumple a través de la dación en pago en su fase de cumplimiento o ejecutiva». En definitiva, el precepto debe interpretarse en el sentido de que el fiador se libera, no en el momento de celebrar dicho contrato, sino cuando el acreedor reciba efectivamente un inmueble o cualesquiera efectos en pago de la deuda. Podemos concluir afirmando que la dación en pago constituye un «contrato» celebrado entre acreedor y deudor, dirigido a sustituir la prestación debida por la convenida, sin que ello suponga la extinción de la obligación pero sí un fenómeno novatorio por modificación del objeto de la relación obligatoria.

2. Posiciones jurisprudenciales

El Tribunal Supremo, en cuanto a la cuestión de la naturaleza jurídica de la dación en pago, mayoritariamente, parece haberse adherido a la postura de su consideración como una compraventa, aunque con distintas matizaciones. Así en unas se habla de «una verdadera venta»; en otras se asimila al contrato de compraventa, y en alguna otra se habla de que produce los mismos efectos que la compraventa. Esta asimilación parte fundamentalmente de la equiparación que asume nuestra legislación entre dación en pago y compraventa al regular los derechos de adquisición preferente en los artículos 1.521 y 1.636 del Código Civil. La asimilación más tajante se hace en la Sentencia de 10 de agosto de 1918, que en uno de sus considerandos dice: «Desde el punto de vista práctico, las analogías de la adjudicación en pago y de la compraventa son tan evidentes que se ha tratado de definir la primera como especie de venta que realiza el deudor por el precio debido y compensado, y los precedentes del Código justiniano, que aseguraba que aquel contrato, *vicem venditoris obtinet*, han encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536 y 1.636 y otros más del Código Civil, que equiparan a la venta y a la dación en pago al menos por lo que se refiere a los preceptos generales y a la capacidad de los otorgantes».

A pesar de que doctrinalmente esta teoría está rechazada, no faltan sentencias recientes (101) en las que, si bien no de una manera tajante,

(100) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 99, sigue la línea marcada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 795.

(101) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1982, R. J. La Ley, tomo 4, 1982, pág. 180. Ponente, señor DE CASTRO GARCÍA. En su considerando

reconocen cierta asimilación a efectos prácticos con la compraventa. En esta línea son varias las sentencias que se adscriben a la corriente de consideración de la dación en pago como un acto complejo, destacando el carácter atípico de esta figura. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983 (102), en su considerando número 3, afirma que «ciertamente este Tribunal, ya desde antiguo (Sentencias de 14 de noviembre de 1881, 21 de diciembre de 1905, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914 y 9 de enero de 1915), hasta las más recientes Sentencias de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944 y 13 de marzo de 1953, aunque sin pronunciarse de un modo definitivo y dogmático y ante la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago, no regulada en nuestro Código Civil, 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, y ello por la exigencia de dar soluciones prácticas antes que fijaciones doctrinales o teóricas, y es esa finalidad, evidentemente, la que persigue también la sentencia que ahora se recurre, y en la que se debe persistir, mas no como asimilación absoluta o integral de la dación en pago al contrato de compraventa, que no soportaría o admitiría todos los supuestos o hipótesis de la *datio in solutum*, sino porque en el caso debatido se dan suficientes y específicos datos o presupuestos de hecho de dicha convención o *contrato atípico*, a los que conviene sin repugnancia jurídica alguna las resoluciones ya previstas para los negocios jurídicos afines en su fase traumática de cumplimiento anormal, entre ellas la responsabilidad por saneamiento en sus límites legales...».

La teoría que asimila la dación en pago a la novación cuenta con poco apoyo en nuestra jurisprudencia, si bien algunas sentencias señalan los aspectos novatorios de la figura objeto de nuestro estudio. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943 y 11 de marzo de 1969. En la primera, además de recoger la tradicional tesis jurisprudencial de asimilación de la dación en pago al contrato de compraventa (103), señala en uno de sus considerandos los aspectos novatorios

número 2 invoca varias sentencias que propugnan la asimilación de la dación en pago a la compraventa. Así, Sentencias de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, 13 de marzo de 1953 y 14 de octubre de 1960.

(102) Véase en R. J. *La Ley*, tomo 3, 1983, págs. 657 y sigs. Ponente, señor DE LA VEGA BENAYAS.

(103) La Sentencia de 9 de diciembre de 1943 (núm. 82, *Jurisprudencia Civil*), en concreto, afirma que «la dación en pago se configura en nuestra doctrina como un contrato de compraventa en el que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, según puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código Civil y de las declaraciones de la Sentencia de 9 de enero de 1915».

de la dación en pago: «En la adjudicación o dación en pago... la propiedad de los bienes entregados se transmite al adjudicatario, y como consecuencia de la novación objetiva de la obligación originaria se extingue ésta y quedan íntegramente satisfechos el acreedor o acreedores...». Pero no podemos desconocer la corriente jurisprudencial en torno a la modificación de la relación obligatoria por cambio de objeto apoyándose en el artículo 1.203 del Código Civil, en la que se nos pone de relieve que, como señala DÍEZ PICAZO (104), cualquier cambio en la relación obligatoria no supone necesariamente que se extinga la relación jurídica anterior y se cree otra en su lugar. Es la autonomía de la voluntad la que decidirá de forma expresa, o bien se producirá como resultante de la total incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación.

VI. ESTRUCTURA

1. *Sujetos: capacidad*

En materia de capacidad, como pone de relieve GIORGI (105), muchos autores tienden a confundir la capacidad que se requiere en el pago con la indispensable para la validez de la dación en pago. Es de advertir que los sujetos de la prestación son los mismos que intervinieron en la creación de la relación jurídica obligatoria; es decir, que aunque se cambia el contenido de la prestación no se produce extinción en la relación jurídica obligatoria. Este cambio del contenido de la prestación se producirá cuando el acreedor acepte como satisfacción de su crédito la prestación diversa, ya que sin el acuerdo no se puede variar el contenido exacto de la prestación ni producirse, en consecuencia, la extinción de la deuda. Por tanto debe existir el consentimiento de ambas partes, acreedor y deudor (106), ya que por un lado, como establece el artículo 1.166 del Código Civil, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta de la debida, y por otra parte el acreedor tampoco podrá pretender del deudor que lleve a cabo una prestación diferente de la debida.

¿Qué capacidad se requiere para dar vida a la dación en pago? Como afirma SERRANO ALONSO (107), «la capacidad necesaria para realizar la

(104) DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema...*, cit., págs. 316 y sigs.

(105) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 343.

(106) Así lo ha venido proclamando nuestra jurisprudencia. Véase Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1912, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948.

(107) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 430.

declaración de voluntad que da vida a la dación en pago viene dada por el carácter de la prestación asumida por el deudor. Por tanto, si la prestación asumida por el deudor, en vez de la pactada inicialmente, consiste en dar o entregar una cosa al acreedor, el deudor necesitará la capacidad para enajenarla, pues en tal supuesto la dación supone una transmisión onerosa (108) de dicha cosa y la libre disposición de la misma, y en el acreedor deberán concurrir las condiciones de capacidad necesarias para recibir tal cosa, conforme a las reglas del artículo 1.162 del Código Civil».

Por último, si la nueva prestación asumida consiste en un hacer o en una omisión no se exigirá ningún requisito especial, salvo la *capacidad general para llevar a cabo el contrato*. Se exige, en definitiva, la capacidad necesaria para transmitir y recibir.

2. Objeto

Tradicionalmente la *datio in solutum*, de acuerdo con el significado técnico del término *dare*, ha venido referida a la prestación de una cosa material, excluyendo por tanto el *facere* u otro tipo de prestaciones. Pero hemos de pensar que en cuanto al objeto, lo que se exige es que se trate de una prestación distinta de la debida. Ello significa que independientemente de la concepción que aceptemos de la dación en pago, ya sea en un sentido amplio o estricto, la interpretación del término *dare* puede ser amplia, de tal forma que comprenda todo género de prestaciones. Por eso el Código Civil italiano, con buena lógica, al tratar en su artículo 1.197 esta materia, habla de *prestazione in luogo dell'adempimento*.

De ahí que en un sentido amplio, y considerando que en cuanto al objeto el elemento fundamental es que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada (109), viene a afirmar GIORGI (110) que dicho objeto nos presentará unas veces una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o en lugar de dinero o en lugar de

(108) Aunque no estamos de acuerdo en que suponga en todo caso una transmisión onerosa, puesto que, como ya expusimos, es necesario remontarse a la causa del negocio que dio nacimiento a la obligación o fuente de la misma, sí que admitimos que el deudor necesite capacidad para transmitir y libre disposición de la cosa.

(109) En este sentido, véase Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1983, pág. 254, citando el siguiente supuesto: Si Antonio tiene derecho a que Juan le entregue la finca X porque se la ha comprado, lo mismo será una dación en pago el que Juan le dé la finca H como que le pinte un mural en el portal de su casa. También contempla el supuesto de que se le preste un número de días de trabajo para satisfacer una deuda de dinero.

(110) GIORGI, J., *ob. cit.*, pág. 345.

un hecho (*rem pro re, pro pecunia, pro facto*), otras un hecho positivo o negativo del deudor en lugar de otro hecho o de una cosa o del dinero (*facto pro facto, pro re, pro pecunia*). Finalmente también puede consistir en un crédito para con el acreedor o con respecto a otra persona en lugar de la cosa o del dinero o del hecho debido (*nomen iuris pro re, pro pecunia, pro facto*). En consecuencia, estimamos que el objeto de la dación puede referirse tanto a un cambio o en el objeto de la obligación (prestación como conducta) como sólo en el contenido de la prestación, que será aceptado por ambas partes. Ello se traduce en la admisión de una dación en pago tanto de la cosa como de un derecho (111), incluso un *facere*...

Los MAZEAUD (112), con respecto a la admisión de un derecho de crédito como objeto de la dación en pago, se muestran contrarios, argumentando que como la dación en pago supone una transmisión de la propiedad o de un derecho real, el abandono de un crédito en pago de una deuda, aun siendo válido, no constituye una dación en pago. Este argumento no nos parece válido por cuanto si la nueva prestación asumida consiste en un hacer o en una omisión, no hay transmisión de propiedad y, sin embargo, sí hay dación. Sin embargo, sí admiten que los «títulos al portador» pueden ser objeto de una dación en pago, lo cual supone que cuando el derecho de crédito está incorporado a títulos al portador sí es admisible, y cuando no se halla incorporado excluyen la dación del derecho de crédito.

Por su parte SERRANO ALONSO (113) admite como objeto de la dación en pago incluso cosas futuras o conductas sometidas a condición o término. Lo que ocurrirá en dichos casos es que no se producirá, según pone de relieve el citado autor, el efecto extintivo de la dación hasta que la cosa deje de ser futura o la condición o el término se cumplan.

Finalmente es de destacar que la Compilación aragonesa, en su Ley 495-I, sólo contempla la dación en pago de «cosa», restringiendo por tanto el objeto. Así establece: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido la obligación se considerará extin-

(111) En este sentido, ENNECERUS, L.: *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 316, afirma que es evidente que puede darse en pago no sólo una cosa, sino un derecho, por ejemplo, un usufructo, y que igualmente puede cederse en pago un crédito contra un tercero. En contra, CARBONNIER, J., *ob. cit.*, pág. 741, afirma que la «dation en paiement est la combinaison par laquelle une chose différente de celle qui faisait l'objet de l'obligation, est employée á satisfaire le créancier: spécialement la combinaison par laquelle il sera payé en nature alors qu'il lui était dû en l'argent».

(112) MAZEAUD, H. L., y MAZEAUD, J.: *Leçons de Droit civil*, tomo II, vol. 1, 4.ª edición, París, 1969, págs. 833 y 834.

(113) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 431.

guida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiriera la propiedad de la cosa subrogada...».

3. *Presupuestos y requisitos*

Para que podamos hablar de dación en pago son necesarios unos presupuestos, es decir, determinadas condiciones para que pueda operar esta figura. En primer lugar se precisa la existencia de una relación obligatoria, que puede ser de muy diversa índole, pudiendo derivar, como pone de relieve MERINO (114), de «todo hecho o circunstancia del que se derive más o menos directa la obligación de una persona (deudor) al cumplimiento de una determinada prestación a favor de otra (acreedor)». La obligación originaria, que se cumple por la dación en pago, dice LATOUR (115), ha de extinguirse totalmente, sin dar lugar al nacimiento de una obligación nueva.

Sin la concurrencia de este requisito, la dación en pago sería un pago indebido (116), porque la *solutio*, como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición (117).

Un segundo presupuesto es la imposibilidad por parte del deudor de realizar la prestación. En definitiva, significa que el deudor no puede realizar la prestación en que la obligación consistía. La expresión imposibilidad, según expone acertadamente SERRANO ALONSO (118), es utilizada aquí, en un sentido amplio, como equivalente de todo aquel supuesto en que el deudor manifiesta a su acreedor no poder realizar la prestación asumida, con independencia de las razones o causas a que obedece esa no realización, ya que la dación en pago no requiere que se acredite la imposibilidad objetiva de realización de la prestación originaria.

Pasando a examinar los requisitos, es decir, aquellas condiciones de validez y eficacia de la dación en pago, la doctrina (119) señala:

a) En primer lugar se requiere una prestación *animo solvendi*, es decir, con ánimo de satisfacer total y definitivamente un crédito. La consecuencia de que se produzca la extinción de la obligación con la dación

(114) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *ob. cit.*, pág. 83.

(115) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 633.

(116) En este sentido, PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pág. 355.

(117) Véase RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, tomo 2, Madrid, 1931, pág. 102: Es requisito esencial del cumplimiento, la existencia de una de ellas, sin la cual la *solutio* como acto desprovisto de causa daría lugar a la repetición.

(118) SERRANO ALONSO, E., *ob. cit.*, pág. 430.

(119) Véase LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 633. TORRALBA SORIANO, V.: *Lecciones de Derecho civil*, vol. 1, Barcelona, 1984, pág. 493. GIORGI, J., *ob. cit.*, página 340. PUIG PEÑA, F., *ob. cit.*, pág. 208. CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 398.

creemos que es necesaria, ya que sin ella, como afirma RUGGIERO (120), habría una donación si la prestación se hiciera *animus donandi* o un acto sin causa si no fuera posible sustituir por otra la causa *solvendi*. Ahora bien, como posteriormente veremos, el que la prestación efectivamente se realice es distinto de que los intereses de las partes queden satisfechos.

b) Acuerdo entre acreedor y deudor en el sentido de sustituir el contenido de la prestación y posterior ejecución del mismo. La exigencia de consentimiento en ambas partes, al decir de POLACCO (121), se desenvuelve en dos posiciones correlativas: el deudor por sí no puede obligar al acreedor a recibir *aliud pro alio*, y del mismo modo el acreedor no puede pretender por sí del deudor *aliud pro alio*. El Código Civil, si bien no de una manera explícita, parece recoger estas dos proposiciones en los artículos 1.166 y 1.167. Por último, el consentimiento será eficaz si se manifiesta, como afirma LATOUR (122), de modo expreso, tanto si es verbal como escrito, dado el principio espiritualista que informa nuestra legislación a partir del Ordenamiento de Alcalá.

c) Diversidad entre lo debido y la prestación realizada: Este requisito es esencial en la dación en pago, proporcionando el elemento diferenciador con otras instituciones (123).

VII. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO

1. Extinción de la relación obligatoria

Como establece con buen criterio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (124) una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando la prestación debida. Esto significa que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a tal realización. Para que se produzca el cambio es necesario el consentimiento de ambos. Pero este consentimiento no basta para afirmar que la relación obligatoria se extingue (125), sino que, como pone de re-

(120) RUGGIERO, R., *ob. cit.*, pág. 102. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943, 16 de diciembre de 1947 y 1 de diciembre de 1948.

(121) POLACCO, V., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs., I, 16 bis.

(122) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 635.

(123) LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, pág. 634.

(124) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 784.

(125) En esta línea, la Ley 495 de la Compilación de Navarra establece en materia de dación en pago que «la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiere la propiedad de la cosa subrogada...».

lieve JORDANO BAREA (126), es la ejecución de la *datio in solutum* la que produce la extinción de la deuda inicial, porque el momento extintivo se corresponde, no con la perfección del convenio de dación en pago, sino con la ejecución del mismo (la prestación se realiza *solvendi causa*). Normalmente la dación en pago se constituye y es ejecutada a la vez, de tal forma que temporalmente se confunden los dos momentos de la formación y de la ejecución. Al proceder al pago el deudor realizará una prestación distinta de la debida, que será aceptada por el acreedor o viceversa; el acreedor solicitará del deudor una prestación diferente de la debida y éste la ejecutará inmediatamente.

En estos supuestos el contrato de dación en pago no altera la estructura de la relación obligatoria inicial. Tan sólo otorga carácter extintivo a una prestación distinta de la debida.

El problema surge cuando la constitución se presenta aislada de la consumación, es decir, se produce una separación temporal de momentos. Lo primero que habrá que saber es si las partes han pactado la forma en que se va a producir el *aliud pro alio*. Generalmente las partes establecen cuándo se entiende extinguida la relación obligatoria. Pero ¿y si las partes no han pactado nada?, se puede dar la eventualidad de que la prestación del *aliud* venga efectuada en un tiempo distinto a aquel en el que acreedor y deudor prestan su consentimiento. Si las partes no han establecido nada nos encontramos con un primer problema: averiguar si durante ese período de tiempo el deudor lo es de una o de dos prestaciones. Caben por tanto dos soluciones. Si consideramos que hasta que el deudor no lleve a cabo la prestación nuevamente convenida la primitiva sigue debiéndola, nos encontramos ante una obligación alternativa en la que:

a) Si el que elige es el deudor, y será el supuesto más frecuente por disposición del artículo 1.132 del Código Civil, entendemos que no puede elegir sin cumplir porque el régimen de las obligaciones alternativas se lo impide. En efecto, el artículo 1.132, apartado 2, del Código Civil establece que «el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación». Esto nos lleva a afirmar que si el deudor elige algo que resulta imposible no cumple, y entonces se le podrá exigir la otra prestación.

Ello supone que las partes, al prestar su consentimiento en el contrato de dación, incorporan al objeto de la relación obligatoria un contenido disyuntivo que sólo desaparecerá cuando el deudor cumpla. Esto explica

(126) JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría...*, cit., pág. 86.

el derecho del acreedor para exigir la primera prestación en el caso de no cumplimiento de la segunda.

b) El artículo 1.132 del Código Civil posibilita que la elección la lleve a cabo el acreedor. Si el acreedor elige la prestación pactada en el contrato de dación en pago hay que pensar que en ese momento de concentración se ha extinguido la relación obligatoria anterior por nacimiento de una nueva y ya no podrá exigir la anterior, produciéndose un fenómeno de novación extintiva.

Si llegado el momento el deudor no satisface el interés del acreedor o no cumple podrá estar protegido, como después veremos, por el artículo 1.124 del Código Civil o por las normas del saneamiento por evicción o por vicios ocultos, según los casos.

c) Finalmente, si la elección la llevan a cabo acreedor y deudor sucederá lo mismo que en la situación anterior: la concentración simplifica la obligación, produciéndose igualmente una novación extintiva.

La segunda posibilidad es considerar que cuando las partes prestan su consentimiento en el contrato de dación y la satisfacción del acreedor con una prestación distinta de la debida se produce en un momento posterior, en ese instante en que el deudor queda obligado al cumplimiento desaparece la posibilidad por parte del acreedor de reclamar durante ese período el primitivo objeto de la relación obligatoria. En definitiva, desde ese momento tan sólo deberá entregar la prestación nuevamente convenida. En este caso no estamos ante una obligación alternativa, sino que se produce un fenómeno novatorio por cambio del objeto de la relación obligatoria.

Las hipótesis examinadas suponen que la dación en pago tiene un efecto meramente obligatorio, quedando claro, como pone de relieve RODOTÁ (127), que es distinta del hecho de que surjan a cargo del transmitente obligaciones determinadas (por ejemplo, obligación de consignar la cosa), ya que éstas tan sólo tienen una eficacia instrumental respecto al carácter definitivo de la dación en pago.

De las dos hipótesis creemos que la que más se ajusta a la voluntad de las partes y ofrece una solución más en consonancia con lo expuesto es la segunda. La primera en ocasiones supone la extinción de la relación obligatoria y la creación de otra nueva. Además, como señala ESTEVILL (128), para la nueva prestación que se realiza en otro momento rige también el principio que preserve su identidad, de manera que sólo

(127) RODOTÁ, S., *ob. cit.*, págs. 738 y 739.

(128) ESTEVILL, L. P.: «La dación en pago», *RCDI*, julio-agosto 1986, página 1124.

el cumplimiento del *aliud* estipulado en el convenio novatorio significa la efectiva realización de la *datio* comprometida.

En estos supuestos, hasta que no se realice efectivamente la atribución patrimonial no podemos considerar extinguida la relación obligatoria inicial.

2. Incumplimiento del «*aliud*» en que la prestación consiste

En líneas generales hemos examinado cómo la extinción de la relación obligatoria se produce en el momento en que se ejecuta el convenio de dación en pago. Pero puede suceder que llegado el momento de ejecución se produzca el incumplimiento, bien porque el deudor no lleve a cabo la nueva prestación, bien porque el acreedor se niegue a la extinción de la relación obligacional mediante la realización del *aliud*. ¿Qué solución tiene el perjudicado? Pensamos que ante el incumplimiento el perjudicado puede acudir a la vía del artículo 1.124 del Código Civil y, en consecuencia, hacer uso de esta facultad. En efecto, el artículo 1.124 del Código Civil dispone: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame al no haber causas justificadas que autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

De acuerdo con este artículo, el acreedor podrá exigir el retorno a la realización de la prestación inicialmente convenida como medio de extinción de la obligación. Esto significa que si el deudor no cumple se puede ir a la obligación principal exigiendo el cumplimiento. Ello supondrá la posibilidad de reclamar la prestación inicialmente convenida, ya que no se ha logrado el efecto querido por las partes: la satisfacción del acreedor por la *datio*. Pero si además procede de una relación sinalagmática podrá acudir alternativamente a la resolución de la obligación.

3. Realización del «*aliud*» y posterior insatisfacción del acreedor

Anteriormente hemos puesto de relieve cómo hasta que no se produce la atribución patrimonial no queda extinguida la relación obligatoria. Pero hay que contar también con que la dación en pago es un medio de

satisfacer los intereses de las partes. Desde este punto de vista puede suceder que la atribución patrimonial se realice y el acreedor no quede satisfecho. Como es lógico que existan medios para que se cumpla la finalidad de la dación en pago, es decir, para que el acreedor quede satisfecho, vamos a ocuparnos ahora de ello. Estos problemas aparecen fundamentalmente en los supuestos en que el objeto de la dación en pago es la entrega de una cosa, porque es en estos casos donde se plantea la pérdida por evicción de la cosa dada en pago o de vicios ocultos en la misma.

En primer lugar DÍEZ PICAZO (129) pone de relieve que «la evicción debe quedar excluida cuando la prestación a la que se obligó era a título gratuito, pues la convenida en su lugar también lo será. Así, por ejemplo, si A le dice a B que le dona X pesetas, aceptando B. Si en lugar de X pesetas conviene que A entregará un encendedor de oro, su entrega sigue siendo a título de donación y en ella no hay evicción contra el donante» (artículo 638 del CC). Sin embargo, dice LACRUZ (130), sí que se produce obligación de saneamiento «cuando el contrato cuya prestación se sustituye mediante la dación en pago sea gratuito, salvo que la evicción hubiera alcanzado igualmente al objeto inicial o se demuestre la intención de novar de las partes al sustituirlo por otro».

La doctrina se plantea fundamentalmente la cuestión de si como consecuencia de la evicción se acude a la prestación inicialmente convenida o, por el contrario, se aplican las normas relativas a la materia de evicción (arts. 1.474 y sigs. del CC).

Antes de aportar soluciones conviene dejar claro que:

a) El acreedor consiente en liberar al deudor siempre que se satisfaga su interés mediante la *datio*.

b) Los problemas de evicción se presentan desde el momento en que efectivamente se haya entregado la cosa (ya sea inmuebles o efectos), ya que en virtud del artículo 1.849 del Código Civil son éstos los supuestos que parece contemplar la norma. En definitiva, no puede pensarse en una pérdida por evicción sino desde el instante en que el acreedor ha recibido en su patrimonio el *aliud*.

c) La aceptación de la aplicación de las normas de evicción no supone la identificación con la compraventa, puesto que las reglas de la evicción se aplicarían, no por su identificación con la compraventa, sino porque se produce una transmisión a título oneroso (131).

(129) DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, cit., pág. 256.

(130) LACRUZ BERDEJO, J. L., *ob. cit.*, pág. 95.

(131) En este sentido, véase BARASSI, *ob. cit.*, págs. 914 y 915.

Este tema ha planteado una polémica, iniciada ya en el Derecho romano y que ha continuado hasta nuestros días, sin poder llegar a una solución unánime. Desde la discusión ya examinada entre sabinianos y proculeyanos (resuelta por Justiniano a favor de los primeros, es decir, en favor de la consideración de que la *datio in solutum*, al igual que el pago produce efectos *ipso iure*) hasta nuestros días, la doctrina ha planteado diversas soluciones. Estas dependen de la naturaleza jurídica que considera que tiene la figura objeto de nuestro estudio.

Por otra parte existen Ordenamientos, como el Código Civil italiano, que incorporan ya en sus normas soluciones a este tema tan conflictivo. Así el artículo 1.197, páginas 2 y 3, del Código Civil italiano establece: «Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho el deudor está obligado a la garantía por la evicción de la cosa o por los vicios de la misma según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento de daños. En todo caso reviven las garantías prestadas por los terceros». Como vemos, el Derecho italiano ha resuelto este problema definitivamente, haciendo responsable al deudor por la evicción y por los vicios de la cosa o la obtención de la prestación primitiva más el resarcimiento de los daños. Pero esta solución, que en principio parece equitativa, plantea inconvenientes, ya que el deudor, sobre todo si es de buena fe, queda a merced de ese derecho de elección que tiene el acreedor.

De ahí que de acuerdo con las afirmaciones establecidas anteriormente, la solución podría estar en determinar si realmente ha habido o no transmisión para ver si se exige o no la prestación primitiva. Creemos que en estos supuestos, puesto que se presupone que la cosa se ha entregado, se debe dejar subsistente la extinción de la obligación primitiva y, en consecuencia, conceder sólo al acreedor las acciones derivadas de la aplicación de las reglas del saneamiento (132). En este sentido Díez PICAZO (133) puntualiza que si el acreedor recibe la propiedad de una cosa y la pierde porque con anterioridad un tercero tenía derecho a ella..., el acreedor estará protegido por las normas de la evicción dado que las normas sobre evicción se aplican a toda transmisión onerosa y no revivirá su derecho de exigir la prestación primitivamente pactada». Esta es la solución más acertada a nuestro juicio, puesto que es en el momento de la consumación del convenio cuando se entiende que ha entregado la cosa.

(132) Así, CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, pág. 399. LATOUR BROTONS, J., *ob. cit.*, página 637. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., *ob. cit.*, pág. 489. ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.*, págs. 145-146.

(133) Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, cit., pág. 256.

4. *Derechos accesorios y garantías*

A lo largo de este estudio hemos ido apuntando ya algunas ideas en torno a la subsistencia o no de los derechos accesorios y garantías. Con respecto a este tema vamos a examinar, en primer lugar, la suerte que corren los fiadores ante una dación en pago. El artículo 1.849 del Código Civil establece: «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». Este artículo carece de precedentes tanto en nuestro Derecho histórico como en el Derecho romano. Parece que nuestro legislador tomó esta norma, como ya expusimos anteriormente, del artículo 2.038 del Código Civil francés, norma que ya había reproducido el artículo 1.829 del Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, el Código Civil italiano de 1942 ha generalizado en el artículo 1.197, 3, su aplicación al establecer: «En cualquier caso no reviven las garantías prestadas por terceros».

¿Cuál es el fundamento de esta norma? GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.763 del Proyecto de 1851 (134), antecedente del actual artículo 1.849 de nuestro Código Civil, afirma que «extinguida la obligación primitiva por la aceptación del acreedor, se extingue también la fianza como accesoria; si el acreedor tiene después una acción resultante de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera y no la que el fiador había garantizado».

Aunque no estemos de acuerdo en el momento de la extinción de la «obligación primitiva», lo que sí es cierto es que el artículo 1.849 del Código Civil responde a la idea de que el fiador queda libre porque en principio la obligación se ha dado por extinguida y a pesar de la evicción no renace. Y es que como estima GUILARTE (135), el precepto tiene carácter excepcional y responde, según afirma BERCOVITZ (136), a la especial consideración que en dicha circunstancia merece el fiador, ya que a pesar de que reconocemos, con SCAEVOLA (137), «que el precepto parece ir en contra de los buenos principios jurídicos, pues es indudable que al anularse el contrato o acto de la dación en pago, anulación o ineficacia impuesta por la realidad de las cosas, debido a haber entregado

(134) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, tomo III, pág. 166.

(135) GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, Jaén, 1979, pág. 303. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *ob. cit.*, págs. 94-95.

(136) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, R., *ob. cit.*, pág. 114.

(137) MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil*, tomo XXVIII, Madrid, 1953, página 679. Con distinto fundamento, pero en parecido sentido, véase MANRESA y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, Madrid, 1973, página 472.

en pago el deudor una cosa ajena, parece que por adhesión debería revivir también la fianza. Pero también hay que reconocer que si el acreedor da por pagada y extinguida la deuda principal, es de *equidad* que la extinción sea de consecuencias irrevocables en favor del fiador, quien al tratar de imponérsele la revivencia podría objetar, con razón, que allá el acreedor hubiese estudiado mejor las cosas, bienes o efectos que estimó buenos para el pago, sin colocar nuevamente y por sorpresa al fiador en una situación que lógicamente dio por extinguida».

En última instancia, como afirma GUILARTE (138), la razón del precepto estriba en impedir que el fiador quede *durante un plazo inconcreto* en garantía de una obligación que, extinguida definitivamente o no para el deudor principal, llega a tal incierta situación por un hecho debido a la voluntad del acreedor. Situación que no consiente el ejercicio de los medios preventivos que la Ley otorga al fiador y que además entraña el riesgo de no poder ejecutar eficazmente sus acciones de **regreso en su caso**.

Por tanto, analizado el fundamento de la norma, podemos afirmar que siempre que la cosa, cualquiera que sea su naturaleza, sea aceptada voluntariamente por el acreedor en pago de la obligación fiada se extingue la obligación de garantía. Pero lo que no está claro es el momento en que debe entenderse que queda libre el fiador. El artículo 1.849 del Código Civil habla del momento en que el acreedor «acepta», y a ese momento atiende también GARCÍA GOYENA. Incluso la Compilación navarra, en su Ley 495, afirma que «las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación». En principio se puede pensar que de acuerdo con el momento del perfeccionamiento de la dación, es decir, cuando acreedor y deudor consiente, la fianza se extingue por la aceptación. Pero hay que pensar que, por una parte, para que se hable de extinción de la obligación se tiene que ejecutar el convenio y, por otra parte, hemos visto que la finalidad del precepto estriba en impedir que el fiador garantice una obligación durante un plazo incierto. Por tanto creemos que la fianza se extingue cuando se realiza la prestación convenida. En consecuencia, como pone de relieve FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (139), el fiador se verá libre de la fianza en el instante en que el acreedor reciba efectivamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, y ello por dos razones:

a) El artículo 1.849 del Código Civil dice que el fiador queda libre cuando el acreedor acepta en pago un inmueble u otros cualesquiera

(138) GUILARTE ZAPATERO, V., *ob. cit.*, pág. 305.

(139) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 773.

efectos, o sea, cuando recibe el inmueble o los efectos, no cuando acepta simplemente que le sea entregado un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la obligación.

b) El artículo se refiere a la pérdida por evicción, la cual sólo podrá producirse en el supuesto de que efectivamente se haya entregado la cosa.

En consecuencia, creemos que los fiadores quedan liberados cuando se cumple el convenio de dación en pago, y ello incluso por la propia finalidad del precepto, ya que, como hemos puesto de relieve, es un precepto excepcional y responde a la situación del fiador. En definitiva, el precepto lo que parece que quiere establecer es que en el supuesto de evicción queda libre el fiador garantizado hasta la consumación del convenio siempre y cuando se mueva dentro de unas coordenadas que le permitan calcular el riesgo (140).

Por último, con respecto a los derechos accesorios y demás garantías, en principio habrá que tener en cuenta, evidentemente, la intención de las partes para averiguar si expresamente han determinado el alcance de la actuación sustitutoria frente a terceros. Si no se ha dicho nada creemos que la solución debe estar en que ejecutado el convenio de dación en pago, las garantías deben extinguirse en su totalidad y, en consecuencia, desaparecen con el crédito primitivo. Cualquier otra solución puede ser justa, porque si *prima facie* están exentos de responsabilidad, sería absurdo que tuvieran después que responder caso de aparecer vicios o defectos en la prestación o incluso de perderse la cosa como consecuencia de la evicción. Esta solución se encuentra además en la línea de los ordenamientos que regulan este supuesto. Como afirma Díez Pícazo (141), si el acreedor pierde como consecuencia de una evicción las cosas que le han sido transmitidas se aplicarán las reglas del saneamiento previstas en el artículo 1.475. En consecuencia, las garantías no reviven.

TERESA MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO
Profesor Titular de Derecho Civil

(140) Hay que tener en cuenta que, como señala LAURENT, si bien la Ley mantiene la extinción de la fianza en favor del fiador, tampoco hay que olvidar que el acreedor ha consentido confiando en esta garantía. Véase LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, tomo 28, París, 1878, pág. 283. A continuación añade: «L'orateur du Tribunal dit que la caution n'a garanti que la première obligation. Sans doute; mais cette première obligation est censée n'avoir pas été éteinte lorsque le créancier est évincé». En definitiva, siempre que se mueva dentro de las coordenadas de tiempo, lugar, onerosidad, etc., previstas no hay problema.

(141) Díez Pícazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos...*, cit., pág. 654.