

LA MODIFICACIÓN OBJETIVA DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA:

LA DACIÓN EN PAGO

LUCIANO BARCHI VELAZCHAGA

Abogado por la Universidad de Lima.

Magister en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor de Derecho Civil en las facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Dación en pago y novación objetiva.- II. Modificación objetiva "no novativa" de la relación obligatoria.-
- III. La dación en pago como contrato modificativo.- IV. Dación en pago y compraventa.-
- V. El pago por cesión de bienes: dación en pago "pro solvendo".

I. DACIÓN EN PAGO Y NOVACIÓN OBJETIVA

La dación en pago se produce, de conformidad, con el artículo 1265 del Código Civil (en adelante el Código), cuando el acreedor recibe, en cumplimiento de una relación obligatoria anteriormente constituida, una prestación diferente a la que debía ejecutarse.

Artículo 1265.-

"El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse".

El proyecto elaborado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 no contenía una regulación especial de la dación en pago pues, de acuerdo con el ponente del Libro de Obligaciones, Dr. Felipe Osterling Parodi: "(...) constituye una novación por cambio de objeto y por ello la incorporaba en el título de la novación".¹

En efecto, en la doctrina se han producido debates en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, entre ellos se ha discutido la calificación de la dación en pago mediante su identificación con otras figuras jurídicamente afines; así, se la ha asimilado a la novación objetiva. Al respecto el Dr. Osterling señala: "Para que se configure la dación en pago o adjudicación en pago, tiene que existir, sin duda, una novación objetiva. La dación en pago supone, inevitablemente, sustituir una obligación por otra, esto es novación".²

Díez-Picazo objeta este punto de vista señalando que "(...) las partes, cuando dan algo distinto de lo debido, no buscan extinguir la anterior obligación, sustituyéndola por otra nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un medio de extinción de la obligación (...)".³ Con mayor precisión el autor español señala: "El convenio de dación en pago es un contrato atípico. No sustituye la obligación antigua por una nueva, ni supone un cambio del objeto de la relación obligatoria, sino que origina un nuevo modo de extinción de la misma".⁴

¹ OSTERLING PARODI, Felipe, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, con la colaboración de Carlos Cáceres Quirós. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Parte II, Tomo V, Compiladora: Dalia Riveredo, Lima: Oksara Editora, 1985, p. 408. En tal sentido el Proyecto del Código Civil elaborado por la Comisión encargada de la Reforma y Estudio del Código Civil de 1936, creada por Decreto Supremo No. 095 del 1 de marzo de 1965, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de noviembre de 1982.

² Loc. Cit.

³ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 2ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1985, p. 664.

⁴ Loc. Cit.

Bianca indica al respecto: "La dación en pago es, sin embargo, esencialmente extraña a la novación objetiva. Esta última crea en efecto una nueva obligación a cargo del deudor en sustitución de la precedente mientras la dación en pago es un negocio solutorio dirigido a la liberación del deudor mediante una prestación facultativa".⁵

Brescia también considera que la dación en pago se distingue de manera clara de la novación, cual causa extintiva diversa al cumplimiento. Al respecto señala: "En el caso de la novación el acreedor y el deudor acuerdan extinguir inmediatamente la obligación precedente y sustituyen a la primera por una obligación con objeto y con títulos distintos" y luego añade "En el caso del consenso para la ejecución de la prestación distinta la obligación no se extingue".⁶

Nosotros consideramos que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos (incluso los esenciales), pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.

La doctrina moderna reconoce que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya; en otras palabras, no toda modificación de la relación obligatoria implica novación. En tal sentido, Francisco de Asís Sancho Rebullida señala: "(...) modificar es algo distinto de extinguir, en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del *quid modificado*".⁷

Lo señalado es importante, no solo desde un punto de vista académico sino, principalmente, en lo práctico; por cuanto, como señala Díez-Picazo, "(...) la permanencia o no permanencia de la relación es en rigor la pervivencia o no pervivencia del régimen jurídico anterior".⁸

Como se ha dicho, no toda modificación de la relación obligatoria, sea subjetiva u objetiva, produce novación, para ello, es preciso que la voluntad de extinguir una obligación para sustituirla por otra se manifieste "indubitadamente" en la nueva obligación; se necesita pues, el "animus novandi".

En el Derecho Romano se recurría a la novación para toda alteración de la relación obligatoria, no se concebía la posibilidad de modificar sus elementos, mucho menos los esenciales, sin perjuicio de su identidad.

En la época clásica parece ser que se exigía la identidad de la prestación ("*idem debitum*"); es decir, que la "estipulatio" novatoria debía conservar el mismo "debitum" de la obligación anterior y, además, debía contener algún elemento nuevo ("*aliquid novi*").⁹

Con Justiniano recién se introduce la exigencia del "animus novandi" sin lo cual "(...) subsistiría la antigua obligación, y se añadiría a ella la segunda; de tal modo que habrá dos (...)'" (Inst. 3, 29, 3).¹⁰

Estas ideas sirvieron de fuente a la Comisión que elaboró el Code Civil de 1804, así fueron recogidas en el artículo 1273 de dicho código.¹¹

⁵ BIANCA, Massimo, *Derecho Civil: 4 Obligaciones*, Milano: Guffrè, 1993, p. 436. Analizaremos luego la posición de Bianca.

⁶ BRESCIA, Umberto, *Le obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato. A cura di Giovanni Fedco e Aldo Zilli*, Milano: Guffrè, 1991, p. 555.

⁷ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones en el Derecho Español*. En: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo I, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p. 221. El mismo autor señala que los verbos *modificar*, *variar*, *sustituir*, *subrogar* se refieren más a la subsistencia del vínculo que a su extinción.

⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, volumen I, Op. Cit., p. 795.

⁹ DI PIETRO, Alfredo en nota 183, p. 563 en GAYO, *Institutas*, 3ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

¹⁰ *Instituciones de Justiniano*, Lima: Mosa Editores, 1996, p. 122.

¹¹ El Code fue promulgado el 21 de marzo de 1804 como "Code Civil des Français" y durante mucho tiempo ostentó el nombre de "Code Napoléon". En materia de obligaciones se reconocen la notable influencia del pensamiento jurídico romano (al respecto ver MOUTON, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Traducción: Argel Martínez Carrón, Barcelona: Bosch, 1980, p. 74).

El Código Civil, como es sabido, sirvió de modelo, en forma inmediata o mediata, para la mayoría de los movimientos codificadores latinoamericanos del siglo XIX. Es así como el artículo 1235 del Code es recogido por Bello en su Código. El primer párrafo del artículo 1634 del Código Civil chileno, consagra el requisito del *'animus novandi'*. En el segundo párrafo se establece, que si no aparece la intención de novar, debe considerarse la coexistencia de las dos obligaciones.¹²

En la doctrina y en la legislación decimonónica, la "acumulación" se presenta como una noción intermedia entre la novación y la "modificación". No se admite aún la posibilidad de modificar una relación obligatoria manteniendo su identidad, si falta el *'animus novandi'*, "subsistem as duas obrigações, vindo a segunda a reforçar a primeira".¹³

Para la doctrina civil clásica resulta difícil pues, admitir que la individualidad de la relación obligatoria permanezca inmutada a pesar de la modificación de un elemento esencial.

Actualmente, en concordancia con las necesidades del tráfico, existen instrumentos más ágiles y más prácticos, por lo que se ha dado a la novación un carácter secundario, esto lleva a Sancho Rebullida a decir: "La novación descansa únicamente en ideas hace siglo olvidadas".¹⁴

Se nos dirá, con razón, que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 1277 del Código, la novación también puede producirse cuando la existencia de la obligación anterior sea "incompatible" con la nueva (novación tácita). Debemos entonces perfilar qué debe entenderse por "incompatibilidad" entre la obligación primitiva y la nueva.

Por una errónea interpretación de los artículos 1203 inciso 1 y 1204 del Código Civil español, la doctrina y la jurisprudencia de ese país, han considerado que la incompatibilidad se produce por la modificación del objeto de la relación obligatoria. Dicha interpretación parece derivarse de la doctrina francesa clásica, la cual fue acogida por la doctrina latinoamericana. Al respecto Aubry et Rau decían: "La novation objective résulte, virtuellement et nécessairement, de tout changement qui, portant sur l'objet même de la prestation, ou sur la nature juridique de l'obligation, la transforme en une obligation nouvelle, distincte de la première, et incompatible avec elle".¹⁵

Como una muestra de la influencia de la doctrina y legislación francesa en los Códigos latinoamericanos, en este punto, basta citar el artículo 1.142 del Esbozo de Teixeira de Freitas y el artículo B12 del Código Civil argentino elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield¹⁶ de donde se desprende que la modificación del objeto principal implica novación.¹⁷

¹² Resulta clara la influencia del Código Civil francés en la obra de Andrés Bello así Guzmán Brito señala al respecto: "En todo fue el cuerpo legal extranjero más influyente en el código chileno, aun cuando no siempre sus selecciones fueron adoptadas directamente de él sino de los comentarios que por entonces ya habían comenzado a surgir en Francia..." (GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello Codificador: Historia de la fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, p. 422). Posteriormente fue acogido por Teixeira de Freitas [artículo 1141 del Esbozo y por Dalmacio Vélez Sarsfield (artículo B12 del Código Civil argentino)]. En el Perú solo aparece en el artículo 1290 del Código Civil de 1936.

¹³ BENLAQUA, Clavis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Tomo II, Edição histórica, Editora Rio, Rio de Janeiro 1984, p. 126.

¹⁴ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Op. Cit., p. 228. Resulta interesante apreciar que el Código Civil alemán (BGB-Bürgerliches Gesetzbuch, promulgado el 24 de agosto de 1896 en el *Reichs-Gesetzblatt* del Reich) y en vigencia desde el 1 de enero de 1900, no contiene normas relativas a la novación (MOUTON, Erich y SCHLOSSER, Hans, Op. Cit., p. 113).

¹⁵ AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Tomo Quatrième, Cinquième édition, Imprimerie Marchal et Billard, Paris, 1902, p. 355. En el mismo sentido ver PLANCK, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VII, segunda parte, Traducción: María Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1945, p. 389.

¹⁶ En el Perú ver el segundo párrafo del artículo 1290 del Código Civil de 1936.

¹⁷ Es interesante señalar que para la doctrina argentina la modificación del importe de la deuda (ej. aumento o disminución del monto de la renta) no importa novación, en tal sentido ver BOFFI SOGGERO, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo IV, Acorus, Buenos Aires, 1977, p. 325. En igual sentido SALVAT, Raymond, *Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones en general*, 3ª edición, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires 1935, p. 635. En la doctrina francesa clásica ver POTHEBIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Helasia, Buenos Aires, 1954, p. 225.

Dicha interpretación ha sido superada, así Blas Pérez González y José Alguer, anotadores del Tratado de Derecho Civil de Ludwig Enneccerus, señalan: "El artículo 1204 no puede llevar, rectamente interpretado, a la conclusión de que la modificación de la principal signifique necesariamente novación extintiva por suponer incompatibilidad entre la obligación primitiva y la nueva".¹⁶

Para Sancho Rebullida la incompatibilidad debe buscarse a través del concepto de causa de la relación obligatoria, así señala el profesor de la Universidad de Navarra: "Las dos obligaciones son 'de todo punto incompatibles' cuando la nueva no tiene otra causa explicable que la misma de la anterior, la cual, para ello, tiene que quedar extinguida; si hubiese causa explicable de la segunda, incluso la mera liberalidad, no habrá novación tácita, sino acumulación".¹⁷

Díez-Picazo, en cambio, dentro de la idea de causa del negocio, considera que "en rigor la incompatibilidad existe cuando las obligaciones pertenecen a tipos distintos", así, si Primus es arrendatario del departamento 301, y toma el goce del departamento 301, no como arrendatario, sino porque se constituye un derecho de habitación.¹⁸

Para Díez-Picazo el tipo negocial se considera en función de la causa del negocio, entendida como "el propósito del resultado empírico",¹⁹ que si no está específicamente determinado por las partes, entonces se encuentra en el tipo negocial predisuelto por el ordenamiento.

La doctrina italiana ha definido a la causa como la función o razón económica y social del negocio jurídico digna de tutela por el ordenamiento.²⁰ Así, en el contrato de compraventa, por ejemplo, la causa es el intercambio de la propiedad de un bien por un precio.

El negocio será funcionalmente eficaz cuando "la relación jurídica, idóneamente constituida, realiza plenamente los fines que determinaron la voluntad negocial".²¹ Queda claro, para nosotros, que si la modificación entraña un cambio en la función del negocio, la cual debe realizarse a través de la relación obligatoria, ésta ya no será, evidentemente, la misma.²²

Por tanto, podemos concluir que, si no existe la voluntad de novar o si no hay "incompatibilidad" en los términos antes establecidos, la modificación de los elementos de la relación obligatoria no origina la extinción de una obligación para sustituirla por otra, sino que la relación obligatoria pervive aunque modificada.

Creemos que el Código admite la posición antes esbozada, de tal manera debe entenderse que si la modificación de la relación obligatoria conlleva el cambio de la función del negocio se produce una novación objetiva (por constituir un "título diferente" de acuerdo al artículo 1278) tácita (de acuerdo al segundo párrafo del artículo 1277).

¹⁶ PÉREZ GONZÁLES, Blas y ALGUER, José, traductores y anotadores de la 35ª edición alemana del Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus revisada por Heinrich Lehmann. En el tomo I, volumen I. Barcelona: Bosch, 1954, p. 225.

¹⁷ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "La novación...", Op. Cit., p. 225. Debe advertirse que el autor citado habla de causa en el sentido del artículo 1274 del Código Civil español. Asimismo, el autor español considera que el Código Civil de España no llega a oponer "novación" con "modificación", sino "novación" con "acumulación". Esto implica la coexistencia de dos obligaciones. Nosotros, en el presente ensayo, oponemos "novación" y "modificación".

¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, volumen I, Op. Cit., p. 800.

¹⁹ *Ibid.* p. 175.

²⁰ Debe tenerse en cuenta que la función es una finalidad socio-económica, no jurídica ni moral. Es, además, una finalidad considerada socialmente y no individualmente por cada contratante. Es pues, causa del negocio y no causa de la relación obligatoria (ver al respecto HEVA CALDERÓN, Ricardo, Concepto y función de la causa en el Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981). También ver TABOADA CORDOVA, Lirio, La causa del negocio jurídico, Grifey, Lima, 1996.

²¹ ZANNOVI, Eduardo, *Justicia y Moralidad de los Actos Jurídicos*, Acaem, Buenos Aires, 1965, p. 125.

²² Si bien es cierto que el intento de equiparar la causa del negocio (dentro de la causa de la relación obligatoria) con la función económica-social es criticado por un sector de la doctrina actual, ésta no niega el concepto de Función del negocio.

Como conclusión, de acuerdo con la moderna doctrina, podemos decir que los elementos esenciales o estructurales de la relación obligatoria, no son los que hacen que una relación sea «la misma y pueda distinguirse de otras. Ellos son necesarios, en todo caso, para que se pueda hablar de relación obligatoria pero no son individualizadores de ella.

El factor individualizador está determinado por la función económica y social del negocio que se realiza a través de la relación obligatoria. Solo si la modificación entraña un cambio de la función nos encontramos, por incompatibilidad, frente a una relación obligatoria distinta a la original aunque sus elementos esenciales permanezcan inmutados.

II. MODIFICACIÓN OBJETIVA "NO NOVATIVA" DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

Como hemos visto entonces la modificación de los elementos de la relación obligatoria puede ser novativa (novación) y "no novativa". Nos ocuparemos de las modificaciones "no novativas".

Se puede distinguir, principalmente, dos tipos de modificaciones en la relación obligatoria: una subjetiva y la otra objetiva.²⁵

Mediante la modificación subjetiva se produce el cambio de los sujetos en la relación obligatoria. Este cambio puede implicar tanto al titular de la situación activa (del crédito) como al de la pasiva (obligación o deuda).²⁶

La transmisión de la titularidad de las situaciones jurídicas²⁷ que constituyen los polos de una relación obligatoria produce la modificación subjetiva de la misma. En tal sentido, la modificación subjetiva supone la transmisión de la titularidad de una de las situaciones jurídicas, activa o pasiva, de una relación obligatoria. Para la transmisión "inter vivos" de la titularidad de la situación activa se puede recurrir a la cesión de crédito²⁸ y la subrogación²⁹, para la transmisión de la titularidad de la situación subjetiva pasiva a la asunción de deudas.

La modificación objetiva, en cambio, afecta el objeto de la relación obligatoria³⁰; en principio, puede consistir en la sustitución de la prestación inicialmente prevista por otra distinta (modificación del objeto inmediato de la relación obligatoria), v. gr.; en la sustitución de un dar por un hacer³¹; o también puede consistir en la modificación del objeto mediato, la cual puede ser cualitativa (v.gr. se entrega un caballo en lugar de otro bien) o cuantitativa así, un aumento o una reducción de la prestación inicialmente prevista (v. gr. se entregan 50 Kg. de azúcar blanca en lugar de los 30 Kg. inicialmente pactados).³²

²⁵ Díez-Picazo reconoce, además, los siguientes tipos de modificación de la relación obligatoria: modificación circunstancial, funcional o causal; de contenido de la relación (DÍEZ-PICAZO, Luis, volumen I Op. Cit., p. 792 y ss.).

²⁶ Como bien lo advierte Piero Perlingeri: "la relación obligatoria no implica una relación entre dos sujetos "...anz má bien entre dos situaciones jurídicas distintas (...)" (PERLINGERI, Pietro, Aspectos problemáticos del Derecho de Obligaciones. En: Revista de Derecho Privado, Madrid, enero 1983, p. 59).

²⁷ La titularidad supone un vínculo entre la situación jurídica y el sujeto (así, el sujeto es titular de una situación jurídica). Por tanto, no es correcto decir que el acreedor es propietario de un crédito, sino, debe decirse, titular del crédito. Por tanto, en la transmisión de situaciones jurídicas (relativa a la transmisión de la propiedad) lo que es transmitido es la "titularidad".

²⁸ Ver al respecto BARCHI VILAOCCHAGA, Luciano, La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1994". En: *Taller de Derecho*, Año I, No. 1, pp. 101-134.

²⁹ La subrogación realiza a favor del subrogado en el crédito un interés recuperatorio o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho.

³⁰ Nosotros consideramos, siguiendo a Giuseppe Fanelli, que el elemento objetivo de la relación obligatoria está formado por un objeto inmediato y un objeto mediato. El objeto inmediato es la prestación. El objeto mediato, es la utilidad (es el bien o la prestación de dar) que se obtiene a través de la conducta del deudor (FANELLI, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, Volumen I, Novantesima edizione, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1987, p. 160). En tal sentido, la modificación objetiva puede sustituir una de dar por una de hacer) o al objeto mediato (ejemplo, entregar un bien por otro).

³¹ Así, por ejemplo, BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 441.

³² DÍEZ-PICAZO, Luis, volumen I, Op. Cit., p. 793.

Dentro de las modificaciones objetivas de la relación obligatoria nosotros ubicamos a las obligaciones con facultad de sustitución (denominadas impropriadamente "obligaciones facultativas") y la dación en pago.

En las relaciones obligatorias con facultad de sustitución, se concede al deudor¹⁵ la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación "sustitutoria" (el Código la denomina prestación "accessoria"), previamente establecida por las partes, distinta a la prestación "debidá" (prestación "principal" para el Código).

Para la doctrina clásica, la sustitución se produce no en el objeto de la relación obligatoria, sino en el objeto de pago, de esta manera no se produce una modificación en la relación obligatoria, porque ello implicaría, según este sector, una novación por cambio de objeto. En tal sentido la sustitución solo pueda producirse en el momento de la ejecución, si fuera antes, habría, dicen, novación objetiva.

Nosotros, por lo analizado en el punto precedente, creemos que la facultad de sustitución implica la posibilidad del deudor de modificar el objeto de la relación obligatoria.

Debemos indicar, sin embargo, que por la propia naturaleza de la "facultas solutionis" esta opera "(...) como una facultad de modificar en el momento del pago la configuración primitiva de la relación obligatoria"¹⁶, pero esto no significa que si se sustituye antes haya, necesariamente, novación.

En la relación obligatoria con facultad de solución la prestación "sustitutoria" ("accessoria") ha sido previamente establecida por las partes otorgándosele al deudor un derecho potestativo. En la dación en pago ("dedit un solutum") en cambio, las partes no han previsto originalmente una prestación "sustitutoria"¹⁷, sino que luego de contraer la relación obligatoria, normalmente (pero no necesariamente) al momento de la ejecución convienen en sustituir la prestación debida por otra.

De acuerdo al principio de identidad del pago, el acreedor no puede ser obligado a "recibir" una prestación distinta a la debida: el objeto de pago debe ser el objeto de la relación obligatoria.¹⁸ Es necesario entonces, un acuerdo de voluntades entre el deudor y el acreedor para modificar el objeto de la relación obligatoria. En otras palabras el principio de identidad debe ser esbozado de la siguiente manera: "El deudor no puede liberarse ejecutando una prestación distinta a la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor lo consienta".¹⁹

Se requiere pues un contrato modificativo; es decir, un contrato que tenga por objeto la modificación de una relación obligatoria preexistente.²⁰ En efecto, como señala Bianca "la sustitución de la prestación debida con otra prestación implica la voluntad negocial tanto del acreedor como del deudor, es decir el acuerdo contractual de estos sujetos".²¹

¹⁵ La doctrina mayoritariamente ha considerado que la facultad de sustitución corresponde únicamente al deudor. Sin embargo, otros autores, como por ejemplo, von Tuhr, considera que es posible otorgar dicha facultad al acreedor (TUHR, Andreas von, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo II, Traducción por W. Rivas, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 56).

¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, volumen I, Op. Cit., p. 501.

¹⁷ Nada obsta para que las partes en un momento posterior a la constitución de la relación obligatoria acuerden establecer una facultad solutoria del deudor.

¹⁸ Según Greco "la integridad de la obligación, como relación jurídica bilateral, y su carácter: la imposibilidad de ser alterado por acto unilateral de uno de los sujetos, constituye -según entendamos- el verdadero fundamento del principio de identidad (del pago)" (GRECO, Roberto Enrique, *Objeto del Pago*, En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 4, Nos. del 19 al 24, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1971, p. 240).

¹⁹ En este sentido; por ejemplo, el primer párrafo del artículo 1197 del Código Civil italiano.

²⁰ Para BETTI la dación en pago constituye una modificación sustitutiva (BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, Traducción José Luis de las Mestas, Editorial Reus de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 346). Resulta claro que el autor italiano se refiere a la dación en pago como un contrato real. En igual sentido BARBERO, Domenico, tomo II, Op. Cit., p. 43).

²¹ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 431.

Para que se configure la dación en pago no debe darse una novación objetiva, por cuanto aquélla se refiere a la subsistencia de una relación obligatoria y no a su extinción como ocurre con la novación. La subsistencia de la relación obligatoria conlleva la pervivencia del régimen jurídico anterior, así por ejemplo, la de las garantías reales o personales.

Lo señalado parece entrar en contradicción con lo señalado en el artículo 1900 del Código. En efecto, de acuerdo con dicho artículo *"queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción"*. En tal sentido, la fianza, que supone una garantía otorgada por un tercero, se extingue cuando el acreedor acepta del deudor un bien distinto en pago de una deuda. Esta solución puede llevar a pensar que la dación en pago conlleva una novación objetiva por cuanto no pervive el régimen jurídico anterior, en este caso el régimen de garantías.

Pero debe tenerse en cuenta que la extinción de las garantías otorgadas por terceros ocurre al producirse cualquier modificación de la relación obligatoria sin asentimiento de estos, incluso, habría que añadir, que también se extinguen las garantías reales constituidas por terceros (aunque nuestro Código guarda silencio al respecto), tal como establece expresamente el último párrafo del artículo 1197 del Código Civil italiano.

Ello sucede porque el contrato modificativo, en virtud del principio del efecto relativo de los actos jurídicos, solo produce efectos en la esfera de las partes que lo celebran (artículo 1363 del Código), y no para aquéllos que no han intervenido en él. Para que los efectos de dicho contrato puedan expandirse a los terceros es necesario su asentimiento.

Lo mismo sucede con el artículo 1901 del Código el cual indica que la prórroga del plazo, sin asentimiento del fiador (modificación circunstancial de la relación obligatoria), también extingue la fianza. No obstante, el artículo 1279 del mismo cuerpo legal dispone que la modificación circunstancial no produce novación.

Debe advertirse, en cambio, que las garantías reales constituidas por el propio deudor sí perviven, así como todo el régimen jurídico de la relación obligatoria.

Una cuestión que debe ser resuelta es el momento en el cual se extinguen las garantías otorgadas por los terceros. Algunos autores sostienen que las garantías otorgadas por terceros se extinguen con la ejecución de la prestación modificada y no por la modificación misma, en tal sentido Díez-Picazo señala que *"(...) la extinción tendrá sólo lugar en el momento en que efectivamente se realice la nueva prestación convenida, pero no en el instante en que ésta queda acordada"*.⁴⁰

Bianca admite que el acuerdo de modificación y la ejecución de la prestación modificada no necesariamente deben ser simultáneos, en tal sentido señala. *"El contrato puede ser contemporáneo o anterior a la ejecución de la diversa prestación. El efecto solutorio se determina en cada caso cuando la diversa prestación es ejecutada"*.⁴¹ El autor italiano sostiene que cuando el acuerdo es anterior a la ejecución debe hablarse de *"pacto de futura dación en pago"* (la dación en pago puede significar sea el acuerdo como la prestación sustituta) y en tal caso, *"el deudor queda obligado a ejecutar la prestación originaria pero tiene la facultad de liberarse ejecutándose otra"*.⁴²

Como puede observarse para el autor italiano el *"pacto de futura dación en pago"* convertirá la relación obligatoria en una suerte de relación obligatoria con facultad de sustitución, con lo cual las garantías otorgadas por terceros se mantendrán hasta que el deudor ejecute la prestación sustituta.

⁴⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, volumen I, Op. Cit., p. 664.

⁴¹ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 433.

⁴² Loc. Cit.

Para nosotros la dación en pago es un contrato modificativo que tiene como efecto inmediato la sustitución de la prestación original por una nueva manteniendo la relación obligatoria su identidad. Las garantías otorgadas por el deudor perviven, pero en ese mismo momento se produce la extinción de las garantías otorgadas por terceros, salvo que estos acepten que se mantengan asegurando el cumplimiento de la nueva prestación. No obstante, no existe obstáculo alguno para que las partes acuerden convertir la relación obligatoria en una con facultad de sustitución, de tal manera que la nueva prestación tenga el carácter de "prestación sustitutoria" y la prestación original se mantenga como "prestación debida".

III. LA DACIÓN EN PAGO COMO CONTRATO MODIFICATIVO

El Código define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

La dación en pago, para nosotros, implica un acuerdo de voluntades, entre el acreedor y el deudor, con el objeto de modificar una relación obligatoria preexistente. Dicha modificación se realiza mediante la sustitución de la prestación primitiva por una nueva.

En doctrina se discute si la dación en pago constituye un "contrato real"; es decir aquel contrato en el que para su formación es necesaria la entrega del bien ("datio rei"); o un "contrato consensual"; vale decir, aquel contrato que se perfecciona con el consentimiento de las partes.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1352 del Código, la discusión queda zanjada, debiendo considerarse, en nuestro ordenamiento jurídico, a la dación en pago como un contrato consensual.

Como bien lo indica Jordano Barea una "cuestión distinta es que, de ordinario, la dación en pago se constituye y es ejecutada al univoco (...)"⁴¹; en otras palabras, la dación en pago, normalmente se celebra como un "contrato manual".

Debe pues distinguirse claramente dos momentos: 1) el acuerdo de las partes de sustituir la prestación primitiva por una nueva (en adelante "primer momento"); y 2) la realización de la prestación nueva (en adelante "segundo momento").

Para el Dr. José León Barandiarán "(...) tal separación o distinción sólo se verifica dialécticamente. En el hecho los dos momentos forman una sola y esta conjunción es la que da su fisonomía a la dación en pago."⁴² Nosotros coincidimos con lo dicho por el desaparecido Maestro sanmarquino: la dación en pago, en un sentido estricto, implica la coincidencia de los dos momentos. Esta es la concepción tradicional de la "datio in solutum".

Sin embargo, nos permitimos disontir con el Maestro, cuando afirma: "Es sólo cuando media un tiempo perceptible entre una y otra operación, la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste, que no hay dación en pago y sí novación".⁴³

Pensamos que la coincidencia en el tiempo de los dos momentos no lleva, necesariamente, a considerar que nos encontramos frente a una novación. Esto nos llevaría a una estéril discusión sobre lo que debe entenderse por "tiempo perceptible".

Para el Código Civil italiano si es posible que el "acuerdo" no coincida con la ejecución, pero debe tenerse en cuenta que para este Código la dación en pago no produce una sustitución de la prestación originaria por la nueva, la prestación original subsiste aunque "neutralizada" y, solo se

⁴¹ JORDANO BAREA, Juan, *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 87.

⁴² LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano*, Obligaciones, Tomo I, Edic. Buenos Aires, 1956, p. 453.

⁴³ *Loc. Cit.*

extingue cuando la nueva prestación es ejecutada. Así, conforme con el artículo 1197 del *Codice Civile*, si se produce, por ejemplo, la evicción del bien entregado en dación en pago, el acreedor puede optar entre el saneamiento por evicción de dicho bien o "exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño".

El artículo 1900 del Código señala: "Queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción", lo que puede dar a entender, que a diferencia del Código Civil italiano, la prestación original ha quedado definitivamente sustituida por la nueva prestación.⁴⁶

Para nosotros el concepto tradicional de la "*datio in solutum*" debe ser sometido a crítica y a revisión, así, entendemos la figura como un contrato modificativo cuyo efecto inmediato es la sustitución de la prestación originaria por una nueva. Podríamos decir entonces que a partir de la modificación la relación obligatoria se determina únicamente por la nueva prestación.⁴⁷ Como consecuencia de ello, la ejecución de esta nueva prestación constituye el pago de la relación obligatoria modificada.⁴⁸ El acuerdo y la ejecución no necesariamente coincidirán en el tiempo.

Cabe señalar que el acreedor puede aceptar la dación en pago efectuada por un tercero.⁴⁹ En este caso el consentimiento del deudor no es necesario para dar lugar al efecto solutorio. Ello teniendo en cuenta que, conforme al artículo 1222 del Código, cualquier tercero, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con o sin el asentimiento del deudor, se encuentra legitimado para ejecutar una prestación ajena. En tal sentido el deudor no puede evitar la extinción del crédito.

En este caso el tercero podrá luego dirigirse contra el deudor, pero su pretensión estará limitada al enriquecimiento obtenido por el deudor como consecuencia de la liberación de la prestación debida, sin referencia al valor de la diversa prestación ejecutada, es decir tiene la *actio in rem verso*.⁵⁰ Ello teniendo en cuenta que el deudor no ha prestado su consentimiento.⁵¹ Así, por ejemplo, si Secundus le debe a Primus \$/ 10,000 y Tertius le transfiere a Primus la propiedad del bien X en pago de dicha obligación, Tertius sólo podrá repetir contra Secundus \$/ 10,000 y no el valor del bien X.

VI. DACIÓN EN PAGO Y COMPRAVENTA

Como hemos adelantado las discusiones de la doctrina clásica se han centrado en dilucidar la naturaleza de la dación en pago buscando la calificación de dicho contrato insertándolo en algunas de las figuras contractuales típicas. Una de las respuestas, como ya se vio, ha sido identificar la dación en pago con la novación objetiva. La otra asimila la dación en pago con la compraventa. En este sentido Bianca señala: "La dación en pago ha sido en el pasado vista como un contrato similar a la compraventa".⁵²

⁴⁶ Otra lectura que no compartimos es la siguiente: en caso de evicción el acreedor puede exigir la prestación originaria pero que el cumplimiento de ésta ya no se encontrará garantizado.

⁴⁷ En caso de evicción del bien entregado en dación en pago el transferente está obligado al saneamiento conforme al artículo 1484 del Código.

⁴⁸ Debe ser visto presente como señala von Tuhr que "de lo estirado de un mérito concreto hay que distinguir lo de una obligación o relación obligatoria en su totalidad" (TUHR, Andreas von, tomo II, Oj. Cit., p. 136). Cuando se dice que el pago (o propio cabe decir de los otros medios de extinción) es un medio de extinción de obligaciones, se está tomando a éste como una simple correlación deuda-crédito (vínculo jurídico).

⁴⁹ Sería el caso en el que el Primus (acreedor) acepta recibir de un Tertius (terceros) una prestación distinta a la que le es debida por Secundus (deudor) extinguiendo la relación obligatoria con ésto.

⁵⁰ BIANCA, Massimo, Oj. Cit., p. 440.

⁵¹ Último párrafo del artículo 1222 del Código Civil: "Quon pago sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que lo hubiese sido el pago".

⁵² BIANCA, Massimo, Oj. Cit., p. 433.

La equiparación de la dación en pago con la compraventa solo puede darse cuando la prestación debida consiste en dinero y la prestación que se recibe en pago en un bien, o viceversa. Así el artículo 1266 del Código señala:

Artículo 1266.- Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

Veamos unos ejemplos:

Primus celebra con Secundus un contrato de mutuo en virtud del cual el primero entrega al segundo la suma de S/ 10,000 para que se la devuelva dentro de un mes. En tal sentido, Secundus está obligado a devolver a Primus la suma de S/ 10,000 (asumamos un mutuo sin intereses). Si Secundus entrega a Primus el bien X en dación en pago, entonces tendremos que Primus entregó dinero recibiendo un bien, con lo que se configuraría un contrato de compraventa.

Lo mismo ocurrirá, por ejemplo, en el comodato. *Primus celebra con Secundus un contrato de comodato en virtud del cual el primero entrega al segundo el bien X para que se lo devuelva dentro dentro un mes. En tal sentido, Secundus está obligado a devolver a Primus el bien X. Si Secundus entrega a Primus S/ 10,000 en dación en pago, entonces tendremos que Primus entregó un bien recibiendo dinero, con lo que se configuraría un contrato de compraventa.*

Cuando la nueva prestación tiene eficacia translativa de la propiedad (ejemplo se entrega en propiedad el bien X), el acreedor es asimilado a un adquirente a título oneroso y habrá lugar al saneamiento conforme lo señalado en el artículo 1484 del Código.

V. EL PAGO POR CESIÓN DE BIENES: DACIÓN EN PAGO "PRO SOLVENDO"

La dación *pro solvendo* (o pago por cesión de bienes) comporta la entrega de bienes al acreedor y la atribución a éste de la facultad de someter los bienes cedidos a una liquidación para hacerse el pago con su importe. En otras palabras, la dación en pago *pro solvendo* supone la atribución de un derecho real o de crédito²¹, es decir que el deudor transfiere la titularidad de la propiedad sobre un bien o cede la titularidad del crédito (*cesión pro solvendo*) al acreedor para que este los realice para hacerse pago con lo que obtenga de dicha realización.

A diferencia de la dación *pro soluto* que consiste en una prestación directamente extintiva de la relación obligatoria²², la dación *pro solvendo* subordina la liberación del deudor al resultado útil de la atribución. Así, por ejemplo, el deudor entrega al acreedor a cuenta del pago las mercaderías que tiene en stock con la intención que el precio que se obtenga por su venta sea imputado a la extinción o bien cede su crédito con la intención que la obligación se producirá con la ejecución de la prestación por el tercero.

La dación *pro solvendo*, aceptada por el acreedor, importa²³:

- 1) Que la obligación original deviene provisionalmente inexigible;
- 2) Que el acreedor tiene la carga de valerse de la atribución recibida para realizar el resultado útil;
- 3) El resultado útil que supera el importe de la deuda debe ser restituido;

²¹ En este caso habláremos de "cesión de créditos en pago".

²² Como bien lo señala el artículo 1265 del Código Civil con la dación en pago puede darse una cancelación total o parcial de una prestación.

²³ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 433.

4) El crédito originario vuelve a ser exigible por la parte no satisfecha.

Como bien lo advierte Díez-Picazo "el hecho que en virtud de la dación en pago pro solvendo se faculte al acreedor para realizar o enajenar los bienes entregados por el deudor, ha obligado a la doctrina a tratar de construir la relación jurídica que por virtud de la dación se traba entre deudor y acreedor".³⁶ A juicio del autor español "existe en la cesión de bienes un negocio jurídico autoritativo por virtud del cual se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor".³⁷

El artículo 1175 del código civil español establece (pago por cesión de bienes): "El deudor puede ceder sus bienes a los 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 (...)".

Para la legislación italiana la "cesión de los bienes a los acreedores" es uno de los contratos típicos previstos en Título Tercero del Libro Cuarto del Codice Civile.

El artículo 1977: "La cesión de los bienes a los acreedores es el contrato con el cual el deudor encarga a sus acreedores o a alguno de ellos la liquidación de todas o algunas de sus actividades y de repartirse entre ellos la recaudado en satisfacción de sus créditos".

Como señala Rosanna De Meo "del contrato nace, en base al artículo 1980 del Código Civil, un vínculo garantiza que la destinación de los bienes a la actuación del programa contractual no sea perjudicada por actos de disposición del deudor".³⁸ En efecto, el primer párrafo del artículo 1980 del Codice Civile dispone que "El deudor no puede disponer de los bienes cedidos", no obstante como el mismo artículo precisa "Los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden actuar ejecutivamente también sobre esos bienes".

En tal sentido, si bien para los acreedores que son parte en el contrato existe la seguridad que el deudor no dispondrá de los bienes cedidos, no significa que se configure respecto a los bienes cedidos un patrimonio autónomo.

El contrato tiene objeto la cooperación del o de los acreedores a la liquidación del patrimonio del deudor. Según Rosanna De Meo el encargo de liquidar ha sido considerado por la doctrina mayoritaria como un mandato con representación.³⁹

En el caso peruano la dación en pago pro solvendo sería un contrato atípico y el deudor tendría la libre disponibilidad de los bienes cedidos pues, conforme al artículo 882 del Código Civil "no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita". Por otro lado, creemos que la figura deberá ser asimilada al mandato con representación. En tal sentido, los acreedores (mandatarios) se obligan a realizar uno o más actos jurídicos (liquidación del patrimonio del deudor), por cuenta y en interés del deudor (mandante). Como los acreedores realizarán actos de disposición de bienes ajenos, deben ser representantes del mandante con facultades de disposición, para lo cual el acto de apoderamiento deberá, conforme al artículo 156 del Código Civil, constar por escritura pública.

³⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, volumen I, Dp. Cc., p. 666.

³⁷ Loc. Cit.

³⁸ DE MEO, Rosanna, *La cessione dei beni ai creditori*, Il Diritto Privato Oggi, Serie a cura di Paolo Condon, Giuffrè, Milano, 1999, p. 9.

³⁹ DE MEO, Rosanna, Dp. Cc., p. 79.

Tratándose de un poder que se estipula para un acto especial, entonces, el poder podrá ser irrevocable, al respecto deberá tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 153 del Código Civil, el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.