

## LA DACIÓN EN PAGO

*Felipe Osterling Parodi\**  
*Mario Castillo Freyre\*\**

### **SUMARIO:**

- 1. Concepto.**
- 2. Requisitos.**
  - 2.1. Preexistencia de una obligación válida.**
  - 2.2. Cumplimiento con una obligación distinta al objeto de la deuda.**
  - 2.3. Consentimiento.**
- 3. Naturaleza jurídica.**
  - 3.1. La dación en pago como forma o modalidad de pago.**
  - 3.2. La dación en pago equivale a una compraventa.**
  - 3.3. La dación en pago entraña una operación compleja.**
  - 3.4. La dación en pago entraña una convención liberatoria.**
  - 3.5. La dación en pago importa novación.**
    - 3.5.1. Supuestas diferencias existentes entre la dación en pago y la novación objetiva.**
      - 3.5.1.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria.**
      - 3.5.1.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto.**
      - 3.5.1.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.**
      - 3.5.1.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios.**
      - 3.5.1.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros.**
      - 3.5.1.6. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación**

---

\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.



deudor obtener su liberación. Esto, de acuerdo al principio de identidad en el pago, recogido en el artículo 1132 -relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos-, norma que no obstante su ubicación resulta aplicable a todas las obligaciones, independientemente de su naturaleza. Sin embargo, la ley civil peruana reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta -en pago de lo que debe- una prestación distinta a la originalmente pactada.

En efecto, siendo la norma prevista en el artículo 1132 del Código Civil Peruano una de carácter dispositivo, bien pueden acreedor y deudor pactar la extinción de la relación obligatoria mediante el cumplimiento de una prestación nueva y distinta. A este convenio la ley peruana lo denomina dación en pago.

Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda.

De este modo, la satisfacción del interés del acreedor podrá llevarse a cabo mediante la **solutio** (exacto cumplimiento de lo pactado) o, de manera excepcional, a través de la **satisfactio** (cumplimiento de una prestación distinta a la debida que, por acuerdo de partes, satisface la acreencia y libera al deudor).

La dación en pago, también denominada cesión en pago, adjudicación en pago o pago por entrega de bienes, se define en doctrina como una convención sustitutiva del objeto del pago.

Para Giorgi<sup>1</sup>, a través de esta figura el deudor da voluntariamente en pago una prestación diversa a la debida al propio acreedor, que consiente en recibirla en sustitución de la otra que le habría correspondido.

Valencia Zea<sup>2</sup> define a la dación en pago como el acuerdo mutuo entre acreedor y deudor en virtud del cual el primero conviene en recibir en pago, en lugar de la prestación que se le debía, otra equivalente.

Anota Messineo<sup>3</sup> que al mismo tiempo que es un principio que el acreedor

---

<sup>1</sup> GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen VII, Página 340. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.

<sup>2</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, De las Obligaciones, Tomo III, Página 423. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988.

<sup>3</sup> MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Página 204. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979.

no puede ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que se le debe **-nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest-**, es posible que el deudor, con el previo asentimiento del acreedor -y, por consiguiente, con base en un verdadero y propio contrato solutorio-, sea autorizado a entregar cosa diversa: es ésta la dación en pago.

Señalan Planiol y Ripert<sup>4</sup> que existe dación en pago cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta que la que debía en virtud de la obligación. Por ejemplo, se adeuda una suma de dinero y se entregan determinadas mercancías en pago de dicha suma. Agregan los autores citados que este modo de liberación solamente puede emplearse con el asentimiento del acreedor, pues a éste asiste el derecho de exigir lo que estrictamente se le debe.

En el mismo sentido, Jorge Eugenio Castañeda<sup>5</sup> afirma que la dación en pago es un modo de extinguir obligaciones mediante el cual se entrega al acreedor una cosa distinta de la debida. Debo mil soles a Juan y en lugar de pagárselos le doy un reloj.

De igual manera, Latour Brotóns<sup>6</sup> expresa que la dación en pago es un modo de extinción de las obligaciones, consistente en el cumplimiento-inmediato- por el deudor de una prestación distinta a la debida, que aceptada por el acreedor extingue la obligación originaria.

En nuestra opinión la dación en pago no es sino un supuesto más de novación objetiva, en la medida en que para que ella se produzca resulta necesario haber procedido a extinguir la obligación originaria, dando vida a una nueva, por efímera que sea, que es aquella que tendrá que cumplirse.

La extinción de la obligación original resulta ineludible, independientemente de la magnitud (breve o considerable) del lapso que medie entre el acuerdo de dación en pago y el cumplimiento de la nueva obligación que de tal acuerdo emane.

Resulta evidente que la dación en pago implica un convenio novatorio entre acreedor y deudor, en la medida en que ambos deciden el cumplimiento de la

---

<sup>4</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VIII, Segunda Parte, Página 587. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945.

<sup>5</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo III, Página 150. Lima, 1957.

<sup>6</sup> LATOUR BROTONS, Juan. Notas sobre la Dación en Pago. En Revista de Derecho Privado, Números 436-437. Julio-agosto, Página 627. Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1953.

obligación con prestación distinta a la originalmente pactada. No entendemos como posible el supuesto de pagar con prestación diferente sin haber modificado previamente la obligación original, pues ello equivaldría a admitir que se puede pagar una obligación con algo que nunca se debió, ni siquiera por un instante.

Dentro de tal orden de ideas, en opinión nuestra la dación en pago no es una figura que tenga autonomía conceptual. Se trata, simple y llanamente, de un caso de novación objetiva.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en el artículo 1265 la **datio in solutum** como un medio de extinción de obligaciones. En este sentido, la dación en pago puede catalogarse de la manera que anotamos a continuación.

Por su idoneidad, la dación en pago puede ser considerada como un medio no ideal de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, cual es el cumplimiento de lo debido inicialmente, en la medida en que a través de la dación en pago se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida.

De acuerdo a sus efectos, la **datio in solutum** es un medio extintivo de obligaciones, ya que a través de ella la obligación primigenia deja de tener existencia.

Por las partes que intervienen, esta figura jurídica constituye un medio bilateral de pago, por cuanto requiere el acuerdo de ambas partes (acreedor y deudor) para que el acreedor reciba como cancelación total o parcial una prestación distinta a la originalmente pactada.

Según la intervención de la voluntad humana, podríamos decir que la dación en pago es un medio voluntario de extinción de obligaciones, por considerar que lejos de operar de pleno derecho, la **datio in solutum** requiere - conforme se ha señalado- de las voluntades del acreedor y deudor.

Conforme al criterio clasificatorio de la normalidad, la dación en pago es un medio normal de extinción de obligaciones, pues al encontrarse regulada en la Sección Segunda del Libro VI de nuestro Código Civil, se configura como una de las vías que el Derecho auspicia para la referida finalidad.

## 2. **Requisitos.**

Ahora bien, para que pueda configurarse la dación en pago es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

## 2.1. *Preexistencia de una obligación válida.*

Constituye requisito esencial de la dación en pago la existencia previa de una obligación de objeto física y jurídicamente posible, contraída entre sujetos capaces y cuyo pago se halle pendiente.

Cabe preguntarse, además, si la obligación primigenia necesariamente debe ser líquida, pura y exigible para que pueda operar la figura bajo análisis.

A nuestro modo de ver, la dación en pago, en tanto medio voluntario de extinción de obligaciones, opera bajo la autonomía de la voluntad de los contratantes. En este sentido, nada obsta para que acreedor y deudor -de mutuo acuerdo- convengan en extinguir una deuda líquida o ilíquida, vencida o no vencida, e incluso sujeta a otras modalidades del acto jurídico, dando en pago una prestación diferente y contraída en términos distintos y en las condiciones que las partes acuerden. Y formulamos estas afirmaciones porque, tal como ya lo hemos expresado, la dación en pago constituye una novación por cambio de objeto.

Sobre el particular, Eduardo Serrano<sup>7</sup> anota que no existe inconveniente en admitir como objeto de la dación en pago bienes futuros o conductas sometidas a condición o término; lo que ocurrirá en dichos casos será que al estimar que no hay dación en pago hasta que se ejecute la prestación asumida, resultará evidente que el efecto extintivo de la dación en pago se producirá cuando el bien deje de ser futuro y la condición o término se verifiquen. Mientras ello no ocurra es evidente que la obligación originaria continúa subsistente.

No obstante lo señalado, quienes distinguen la dación en pago de la novación por cambio de objeto sostienen una opinión contraria al afirmar que la dación en pago opera únicamente sobre deudas exigibles, toda vez que sólo es posible convenir **datio in solutum** el día del vencimiento de la deuda y no con anterioridad.

Este criterio tiene coherencia para quienes admiten la dualidad de ambas instituciones, pues en caso contrario, de aceptarse tal convenio, él tendría como naturaleza el de una novación objetiva y no el de una dación en pago. Habría dación en pago, en la medida en que -así parece querer entenderlo la ley peruana- no se cree una nueva obligación. Pero en el caso propuesto, ya se habría generado una nueva obligación, cuyo objeto, justamente, consistiría en bienes futuros o conductas sometidas a condición o término.

---

7

SERRANO, Eduardo. Consideraciones sobre la Dación en Pago. En: Revista de Derecho Privado, Página 431. Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1978.

De otro lado, es preciso anotar que un sector de la doctrina afirma que debe existir imposibilidad de cumplir con la prestación originaria para que opere la dación en pago.

Al respecto, Eduardo Serrano<sup>8</sup> expresa que como regla general el deudor asume la realización de una determinada prestación frente a su acreedor, de forma tal que su liberación queda condicionada a la efectiva realización de la prestación asumida; la dación en pago presupone que el deudor no puede realizar la prestación asumida, pero sí otra en su lugar.

Ahora bien, precisa el citado autor que la imposibilidad de cumplir la prestación pactada equivale a 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 las que obedezca tal no realización, ya que la dación en pago no requiere que se acredite la imposibilidad objetiva de realización de la prestación originaria.

Por nuestra parte, discrepamos tajantemente de este parecer, en la medida en que estimamos que la dación en pago sólo se puede convenir en tanto la prestación que se encuentra **in obligacione** sea pasible de ejecutarse, es decir, que no haya imposibilidad de por medio.

Cuando el objeto de una prestación deviene en imposible de ejecutar, la obligación se extingue. Concretamente, cuando se trata de un bien cierto, en caso de pérdida del bien resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil Peruano.

Además, debemos señalar que lo propio ocurrirá si la prestación resulta ser una de dar algún bien incierto o fungible, en la medida en que perezca el género o la especie, o si estamos en presencia de una prestación de hacer o una de no hacer, para las que hacemos extensivas las mismas consideraciones.

En suma, ante un supuesto de imposibilidad la obligación, simplemente ya no resultará susceptible de ejecutarse, se habrá extinguido y, por tanto, resulta lógico deducir que no cabría pactar dación en pago alguna, ya que ella implica una sustitución convencional para pagar con algo distinto de aquello que se debe. Pero cuando ya no hay obligación, simplemente nada se debe, a no ser, en su caso, la secuencia de los daños y perjuicios, razón por la cual no podría configurarse la dación en pago.

Dentro de este orden de ideas, y contrariamente a lo señalado por Serrano Alonso, sí resulta indispensable conocer las causas por las cuales una prestación

---

<sup>8</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

"no podría ser ejecutada", en la medida que si ellas pasasen por un capricho del deudor (imposibilidad subjetiva), resultaría factible pactar una dación en pago, pero si realmente estamos hablando de una imposibilidad objetiva, entonces ya no habría lugar a celebrar un pacto de esta naturaleza.

## 2.2. *Cumplimiento con una obligación distinta al objeto de la deuda.*

La diferencia existente entre la prestación originalmente pactada y la que se da en pago, es presupuesto esencial para que pueda configurarse la dación en pago.

Se ha dicho que la diferencia entre la prestación que se adeuda y la que sustituye **-aliud pro alio-** resulta tan esencial que, en realidad, es lo que configura la institución y proporciona el elemento diferenciador con otras instituciones afines.

Señala Valencia Zea<sup>9</sup> que cualquier prestación a cargo del deudor puede ser reemplazada por cualquier nueva prestación. Así, una prestación de hacer puede ser reemplazada por una suma de dinero; una de dinero por una de hacer; la entrega de un cuerpo cierto, por una de hacer o por una de dinero.

De este modo, cuando en reemplazo de la entrega de un bien se satisface el interés del acreedor con la entrega de dinero, teóricamente se configura la llamada **datio in solutum rem pro pecunia**. Mientras que si se entrega un bien distinto al pactado, se tratará de una **datio in solutum rem pro re**. Asimismo, cuando se ejecuta un hecho en pago de una obligación de dar bienes, nos encontramos ante una **datio in solutum rem pro facto**.

Sin embargo, debemos precisar que algunas legislaciones excluyen las prestaciones dinerarias como contenido de la nueva obligación a dar en pago.

El Código Civil Peruano de 1936 sólo concebía la dación en pago cuando se entregaba alguna cosa que no fuese dinero en lugar del bien o hecho que se debía<sup>10</sup>.

El Código Civil Peruano de 1984, sin embargo, adopta un concepto doctrinario más amplio, de modo que cualquiera que sea el objeto de la nueva obligación, siempre que se ejecute -con asentimiento del acreedor- en pago de la obligación originaria, configurará dación en pago. Así, en nuestro ordenamiento

---

<sup>9</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

<sup>10</sup> El artículo 1274 del citado cuerpo legal prescribía: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar."

jurídico es posible que los contratantes estipulen una **datio in solutum rem pro pecunia, rem pro re, rem pro facto, facto pro factum o factum pro pecunia**, y en todos estos casos hay, indudablemente, **aliud pro alio**<sup>11</sup>.

Según anota Eduardo Serrano<sup>12</sup>, las fuentes romanas no parecen señalar ningún tipo de limitación respecto al objeto de la prestación que sustituye a la originaria, de forma que pueda afirmarse que la única limitación viene impuesta por la voluntad del acreedor en la medida que se considere satisfecho en su interés por la nueva prestación. Así, de esta manera, se tuvo en el Derecho Romano un sentido amplio de la prestación sustitutiva de la obligación originaria que, como señala Melillo, la mayor parte de las veces las fuentes no recuerdan el objeto sustituido, sino que, por el contrario, no es difícil encontrar formulaciones que corroboran esta falta de limitación de la cosa que el acreedor ha considerado satisfactoria para su interés; expresiones como "**quemadmodum voluit creditor**" o "**quodlibet pro debito solutum**" demuestran la amplitud del **aliud pro alio** en que consistía la **datio in solutum**.

No obstante ello, a decir de Eduardo Serrano, la doctrina romanista dominante estima que el punto de partida de la figura de la **datio in solutum** pudo ser el supuesto de hecho consistente en la entrega de una cosa mueble o inmueble a cambio o en lugar de una suma de dinero; supuesto éste que es el más frecuentemente contemplado en las fuentes y que explica el hecho de que se identificase en dichas fuentes predominantemente a la **datio in solutum** con la compraventa. Agrega también, como supuestos de **datio in solutum**, la entrega de una cosa en lugar de otra, o la entrega de dinero en lugar de una cosa.

Por otra parte, debemos precisar que algunos autores niegan la posibilidad de que un crédito pueda darse en pago de lo que se debe.

Conforme señala Eduardo Serrano<sup>13</sup>, no es unánime la doctrina romanista a la hora de admitir la posibilidad de entregar como prestación en lugar de la debida, un derecho de crédito, pues la dificultad viene determinada por la prohibición general existente en el Derecho Romano a la transmisibilidad de las obligaciones, a no ser a través de la figura de la novación.

Refiere Serrano que no obstante la prohibición de transmisión de las

---

<sup>11</sup> Es de hacer notar que el artículo 1265 del Código Peruano, estatuye que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. De este modo, se ha considerado que siempre que se entregue una prestación distinta a la estipulada habrá dación en pago.

<sup>12</sup> SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.

<sup>13</sup> SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 419.

obligaciones, a partir de Diocleciano y en el Derecho Justiniano no existe ya ninguna dificultad en admitir que, mediante la cesión de un derecho de crédito, pueda operar inmediatamente una **datio in solutum** con eficacia liberatoria, siempre que el acreedor acepte el crédito en pago **pro soluto**, no **pro solvendo**, si bien se establece la reserva de que la liberación sólo se produce cuando el deudor del crédito cedido ha efectuado el pago.

En este sentido, los Mazeaud, citados por Eduardo Serrano<sup>14</sup>, afirman que, como la dación en pago está subordinada a 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 dación en pago.

Otro sector doctrinario, en cambio, admite la dación en pago a través de derechos crediticios, siempre que éstos se hallen incorporados en títulos valores.

Recuerda Josserand<sup>15</sup> que el concepto de dación en pago no ha sido visto con amplitud. Así, los autores, al referirse a esta institución, suponen en sus explicaciones que la deuda primitiva era de una suma de dinero y que el acreedor asiente en recibir, en lugar de esa suma, un bien corporal, un cuerpo cierto.

Ante ello, Josserand considera que esta concepción es excesivamente estrecha, pues la deuda primitiva podría tener un objeto cualquiera: dinero, mercancías, inmuebles; mientras que la cosa dada en pago bien podría consistir en una suma de dinero o en valores negociables en bolsa, títulos al portador o títulos nominativos.

Sobre el particular, debemos señalar que no siempre la entrega de títulos valores en sustitución de la prestación originaria configurará **datio in solutum**. Tal es el caso, por ejemplo, de la emisión de un título valor como pago del precio.

Nos explicamos. Si el precio de una venta se transforma en una deuda cambiaria, aquella no se transforma esencialmente; se modifica simplemente en el modo de cumplimiento: se ha convenido en vez de un pago en efectivo, un crédito.

En este sentido, Valencia Zea<sup>16</sup> precisa que "No se configura dación en pago cuando la prestación originaria no sufre cambio, sino un simple aseguramiento, por lo que, si en una venta el comprador entrega al vendedor un

---

<sup>14</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 431.

<sup>15</sup> JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, Página 716. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952.

<sup>16</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

pagaré por el precio que le adeuda, este pagaré no es dación en pago, pues sería tanto como admitir que la obligación de pagar una suma de dinero es cosa equivalente a pagarla... pues al asumir una nueva obligación en vez de la antigua, mediante la expedición de letras de cambio, pagarés, etcétera, debe suponerse, en la duda, que la nueva obligación se asumió **pro solvendo** y no **in solutum**; lo cual enseña que el acreedor dispondrá de dos créditos y que la deuda se extingue en la medida en que efectivamente se cancele."

En igual perspectiva, Karl Larenz<sup>17</sup> anota que "No es raro que con la finalidad de satisfacer al acreedor, el deudor asuma una nueva obligación que obtenga para el acreedor una mayor seguridad o le facilite las consecuencias jurídicas; aceptando, por ejemplo, una letra de cambio o extendiendo una de las denominadas promesas abstractas de deuda, desligadas de la base obligacional, o un reconocimiento de deuda." Según Larenz, "el contraer semejante obligación desligada de su causa jurídica implica una 'prestación'. La ley establece la presunción de que esta prestación no tiene lugar en concepto de dación en pago, sino únicamente como medio de pago; es decir, que subsiste la relación obligatoria primitiva, quedando la nuevamente aceptada agregada a ella. El acreedor dispone entonces de dos créditos dirigidos al mismo objetivo. La ventaja para él está en que generalmente no pueden ser derivadas de la primitiva obligación excepciones contra el nuevo crédito; y por lo tanto, éste puede ser fácilmente satisfecho. El acreedor está obligado a intentar en primer lugar el cobro del nuevo crédito autónomo (por ello más peligroso para el deudor); y si este último cumple el nuevo crédito, con ello liquida al mismo tiempo su antigua obligación..."

En este punto resulta pertinente traer a la memoria lo dispuesto por el artículo 1279 del Código Civil Peruano, en el sentido de que "La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación."

Hemos recordado esta norma, ya que lo preceptuado por ella, referido a la novación objetiva, resulta aplicable íntegramente al tema de la dación en pago (más aun si dentro de nuestra óptica la dación en pago carece de autonomía conceptual, siendo únicamente un supuesto más de novación objetiva).

Sin embargo, consideramos conveniente recordar que este concepto puede ser resumido, como lo hace el tratadista colombiano Guillermo Ospina Fernández<sup>18</sup>, al decir que las modificaciones accidentales no producen novación

---

<sup>17</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I, Página 420. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

<sup>18</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Página 447. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1987.

ni, por ende, los efectos de ésta, pero, sin embargo, algunas de tales modificaciones no pueden ser ignoradas por la ley, debido a la incidencia que tienen sobre la situación de quienes no han participado en el acto que las introduce.

### 2.3. *Consentimiento.*

Según se ha señalado, y tal como lo estatuye el artículo 1132, primera norma que consagra nuestro Código Civil a las obligaciones de dar, el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien cierto distinto de aquel que el deudor se había comprometido a entregar. Este precepto, como se recuerda, responde al principio de identidad en el pago.

Para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, el Código Civil no ha previsto normas similares a las contenidas en el artículo 1132. No hay duda, sin embargo, que dicho principio también es de aplicación a esa clase de obligaciones. De este modo, el acreedor de una prestación de dar, hacer o no hacer no puede ser obligado a recibir en pago la ejecución de una prestación distinta, aunque sea de la misma naturaleza, sin que exista acuerdo previo, sobre el particular, entre deudor y acreedor.

En opinión de Fernández Rodríguez<sup>19</sup>, una vez que la obligación es exigible, acreedor y deudor pueden proceder sin más a extinguirla, exigiendo y realizando el pago del objeto debido: el acreedor puede obligar al deudor a realizar la prestación debida, acudiendo en su caso a la ejecución forzosa; el deudor puede imponer al acreedor el pago, empleando -si fuere preciso- el expediente de la consignación judicial de lo que se debe.

Es indudable que para ejecutar la prestación debida no se necesita inexorablemente un nuevo acuerdo entre acreedor y deudor. No sucede lo mismo en la dación en pago. Señala el referido autor que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida **-aliud pro alio invito creditore solvi non potest-**, y el acreedor no puede a su vez obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida **-aliud pro alio invito debitore peti non potest-**. Para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida, es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor. No puede llevarse a cabo la dación en pago, si no existe un acuerdo entre acreedor y deudor a este respecto.

Eduardo Serrano<sup>20</sup>, a su turno, expresa que la dación en pago es un

---

<sup>19</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago. En: Anuario de Derecho Civil, Serie 1, Número 2, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Página 784.

<sup>20</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

contrato formado por la declaración de voluntad del acreedor que acepta recibir una prestación diversa de la pactada inicialmente, y por la declaración de voluntad del deudor que manifiesta su deseo de cumplir realizando una prestación diversa de la inicial.

Jorge Joaquín Llambías<sup>21</sup> agrega que sin ese acuerdo de voluntades no podría imponerse al acreedor la recepción de un objeto distinto al debido, como tampoco puede el acreedor compeler al deudor, a falta de ese acuerdo, a que le entregue algo que está al margen de su legítima expectativa.

En palabras de Latour Brotóns<sup>22</sup>, la exigencia del consentimiento se desenvuelve en la dación en pago en dos proposiciones correlativas: el deudor no puede obligar al acreedor a recibir **aliud pro alio**; el acreedor no puede pretender del deudor **aliud pro alio**<sup>23</sup>.

De otro lado, se ha dicho que ambas declaraciones de voluntad han de reunir las exigencias generales en materia de consentimiento contractual. Entre ellas se destaca la capacidad como presupuesto inicial del consentimiento.

La dación en pago, sin duda, es un acto de disposición, porque además del acuerdo para variar el objeto de la prestación, implica el haber pagado o el pagar con la nueva prestación. De ahí que sea necesario, además de la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código Civil, poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada.

---

<sup>21</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo III, Página 14. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

<sup>22</sup> LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 634.

<sup>23</sup> Debe señalarse que de acuerdo a los principios doctrinarios que inspiran al Código Civil Peruano y para quienes admiten la dación en pago como figura autónoma respecto de la novación objetiva, es requisito fundamental para que se configure **datio in solutum** que entre el acuerdo de sustitución del objeto de pago y su ejecución no medie un lapso considerable. De lo contrario, ese acuerdo sustitutivo del objeto de pago no constituiría ya dación en pago, sino novación.

En efecto, para algunos autores -según hemos señalado con anterioridad- habrá dación en pago sólo cuando en el acto del pago, el deudor se presente ante el acreedor con el propósito de cancelar la deuda, pero ejecutando -en ese momento- una prestación diferente a la debida, y el acreedor, desde luego, acepte tal pago.

Al respecto, Eduardo Serrano<sup>24</sup> precisa que la capacidad necesaria para realizar la declaración de voluntad que da vida a la dación en pago, viene 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 un bien al acreedor, el deudor necesitará capacidad para enajenarlo, pues en tal supuesto la dación supone una transmisión onerosa de dicha cosa y la libre disposición de la misma, y el acreedor deberá tener capacidad para recibir ese bien.

Eduardo Serrano<sup>25</sup> señala que si no está clara la intención de las partes sobre si la prestación distinta de la inicial es o no realizada como dación en pago, ésta no podría configurarse, ya que al importar la dación en pago una derogación del régimen normal del cumplimiento y de la extinción de las obligaciones, su aplicación debe limitarse a aquellos casos en los que la intención de liberarse mediante dación en pago esté suficientemente acreditada.

### 3. **Naturaleza jurídica.**

En adelante, hemos de referirnos al tema que mayores polémicas y debates ha generado la dación en pago: su naturaleza jurídica.

Dice Eduardo Serrano<sup>26</sup> que es unánime en la doctrina la afirmación de que el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago es el más controvertido de los que a ella se refieren. Y en efecto, así lo es. La importancia de la materia trasciende el mero interés doctrinal para incidir, directamente, en el terreno de la práctica, ya que, en última instancia, de la postura que se adopte van a derivarse los efectos que a la misma deban atribuirse.

Sin la pretensión de reseñar todas las doctrinas expuestas acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, analizaremos tan sólo las principales teorías que se han elaborado al respecto.

#### 3.1. *La dación en pago como forma o modalidad de pago.*

La doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español -en especial- han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

---

<sup>24</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

<sup>25</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 430.

<sup>26</sup> SERRANO ALONSO, Eduardo. Op. cit., Página 423.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas<sup>27</sup> que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns<sup>28</sup> señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquellas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, Ruggiero y Maroi -citados por Fernández Rodríguez<sup>29</sup>- sostienen que la **datio in solutum** no es más que un equivalente de la **solutio** y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

Por su parte, Raymundo Salvat<sup>30</sup> anota que según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez<sup>31</sup>, considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquella la obligación se extingue mediante un contrato que se diferencia del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento, sino de equivalente del cumplimiento.

La dación en pago está regulada por el Código Civil Peruano de 1984

---

<sup>27</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Páginas 282 a 285. Editorial Platense, La Plata, 1986.

<sup>28</sup> LATOUR BROTONS, Juan. Op. cit., Página 631.

<sup>29</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página # 98, Página 778.

<sup>30</sup> SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo II, Páginas 485 y 486. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

<sup>31</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página # 96, Página 778.

como una forma de extinción de las obligaciones, al igual que el pago. Sin embargo, mientras este último supone la ejecución de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la **datio in solutum** la obligación se extingue por ser ejecutado un **aliud pro alio**.

Así, la realización de una prestación distinta a la debida -nota característica de esta institución- nos permite diferenciarla del pago o cumplimiento en estricto.

Al respecto, señala Borda<sup>32</sup> que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento; pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió, en tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta; el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda<sup>33</sup> afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

Héctor Lafaille<sup>34</sup> precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Karl Larenz<sup>35</sup> que la satisfacción del acreedor puede ocurrir también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta "en lugar del pago". A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación, en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

---

<sup>32</sup> BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Página 623. Octava Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.

<sup>33</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 152.

<sup>34</sup> LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Volumen I, Página 371. Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943.

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Página 418.

Por su parte, Fernández Rodríguez<sup>36</sup> anota que "la teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la **datio in solutum** no es pago en sentido técnico, ya que pago en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el **aliud**)."

El profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez<sup>37</sup> considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe en pago, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una modalidad del pago o una forma particular de pagar.

Precisa Llambías<sup>38</sup> que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras el pago consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo -dice Llambías-, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero<sup>39</sup>, la dación en pago no se trata de una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

Por otra parte, se han formulado teorías que consideran a la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria.

---

<sup>36</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 779.

<sup>37</sup> DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones, Páginas 275 y 276. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

<sup>38</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 10 y 11.

<sup>39</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Página 347. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

Según anota Fernández Rodríguez<sup>40</sup>, entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica de la dación en pago). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la **datio in solutum** no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi<sup>41</sup> considera 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<sup>42</sup>.

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales -causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo- es reemplazado por otro. Tal variación constituye -en realidad- una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción.

Simples modificaciones de la relación obligatoria podrían ser aquellos cambios sobre el lugar o tiempo del pago, el modo de cumplimiento, el importe de la deuda, los derivados de una constitución de garantías, entre otros, pero nunca la sustitución del objeto de pago.

Planiol y Ripert<sup>43</sup> afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

En la dación en pago -agregan los citados autores- existe indudablemente

---

<sup>40</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Páginas 774 y 775.

<sup>41</sup> BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. La Modificación Objetiva de la Relación Obligatoria: Replanteando la Dación en Pago. En: Revista Peruana de Derecho El Jurista, Año 1, Número 3, Lima, agosto de 1991, Página 108.

<sup>42</sup> Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velauchaga (BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. Op. cit., Página 123.) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

<sup>43</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

una obligación, en todo momento, pero la segunda no es la misma que la primera; es una nueva obligación que toma el lugar de ésta.

Con base en las citadas consideraciones, somos de opinión que cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación<sup>44</sup>.

### 3.2. *La dación en pago equivale a una compraventa.*

Existe una tesis, frágil por cierto, en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, que equipara la **datio in solutum** con la compraventa.

Algunos autores asimilan la dación en pago a la compraventa por considerar que en aquélla el bien dado en pago viene a ocupar el lugar del bien materia de la venta y que el precio está representado por la suma debida.

Puig Brutau, citado por Boffi Boggero<sup>45</sup>, considera que la dación en pago es una figura similar a la compraventa, ya que el deudor vendería un bien por un precio que estaría signado por el valor de la deuda.

### 3.3. *La dación en pago entraña una operación compleja.*

Otra teoría -con relación a la naturaleza jurídica de la **datio in solutum**- afirma que la dación en pago entraña una operación compleja por participar a la vez de los caracteres de diversas figuras jurídicas.

Sostienen Starck, Roland y Boyer<sup>46</sup> que la dación en pago es una operación compleja que toma prestadas sus reglas al pago, a la novación y a la venta; presentándose, primero, como una variedad de pago, ya que produce un efecto de liberación.

En ciertos aspectos, señalan los referidos autores, la dación en pago se parece a una novación por cambio de objeto: el antiguo crédito es reemplazado

---

<sup>44</sup> En este sentido, el artículo 812 del Código Civil Argentino prescribe que "... las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen."

<sup>45</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 848.

<sup>46</sup> STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Obligations, Cuarta edición, Página 79. litéc. Librairie de la Cour de Cassation, París, 1992.

por uno nuevo con un objeto diferente; de ahí la necesidad de un convenio entre las partes, no pudiendo el acreedor ser forzado a recibir otro modo de pago; de allí, sobre todo, la extinción de la deuda primaria y de las garantías que estaban ligadas a ella.

Agregan Starck, Roland y Boyer que muy a menudo es identificable la dación en pago con una venta; se trata como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

En opinión de Colin y Capitant, citados por Fernández Rodríguez<sup>47</sup>, la **datio in solutum** es un acto complejo que participa de los caracteres del pago (al liberar al deudor), e implica en algunas ocasiones (cuando el acreedor se declara satisfecho con la constitución de una nueva obligación) una novación por cambio de objeto, y es, por otra parte, asimilable a una compraventa. Sin embargo - señalan Colin y Capitant- esta figura no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes.

#### 3.4. *La dación en pago entraña una convención liberatoria.*

Otros autores, en cambio, y en atención a ciertos caracteres propios de la dación en pago, consideran que esta figura entraña una convención liberatoria.

Así lo estiman Cazeaux y Trigo Represas<sup>48</sup>, al anotar que la dación en pago importa una convención liberatoria, un acto jurídico bilateral -con finalidad extintiva de la obligación preexistente- con caracteres propios.

En igual sentido, Guillermo A. Borda<sup>49</sup> afirma que es más simple y exacto hablar de una convención liberatoria de caracteres propios, que no puede ser identificada ni con el pago propiamente dicho ni con la novación.

Para Diez Picazo y Gullón<sup>50</sup>, la naturaleza jurídica de la dación en pago es la de un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el cual el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo, con lógica carga del primero de aceptarlo para que se libere.

---

<sup>47</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 780.

<sup>48</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 285.

<sup>49</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 624.

<sup>50</sup> DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Página 256. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985.

### 3.5. *La dación en pago importa novación.*

Otro sector de la doctrina, en cambio, sostiene que la **datio in solutum** es un acto que importa novación<sup>51</sup>.

Esta es la tesis a la cual nos adherimos.

A nuestro modo de ver, la dación en pago es uno de los supuestos de la novación objetiva.

La **datio in solutum** supone, inevitablemente, sustituir una obligación por otra; y esto es novación. Así, para que se configure la dación en pago tiene que existir, sin duda, novación objetiva.

En efecto, nosotros reconoceríamos a la dación en pago autonomía conceptual, si cambiando la prestación subsistiera la misma obligación. Aquí sí habría una diferencia fundamental entre la dación en pago y la novación objetiva. Pero, si la obligación cambia -pues no puede variarse de prestación en una misma relación obligacional sin extinguir la primera- y con ello las consecuencias jurídicas ya no corresponden a la obligación primigenia sino a la nueva; cabe preguntarnos ¿en qué se diferencia la dación en pago de la novación objetiva?

La tesis que sustentamos tiene como base una premisa fundamental: el objeto es un elemento tan esencial en las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

Planiol, citado por Manuel Augusto Olaechea<sup>52</sup>, afirma: "El objeto de la obligación es lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad, es lo que

---

<sup>51</sup> El artículo 1277 del Código Civil Peruano de 1984 define, en su primer párrafo, el concepto en que se sustenta la novación. Por la novación se sustituye una obligación por otra. Se extingue, por tanto, la obligación primitiva u original como consecuencia del nacimiento de una nueva.

Esta institución puede presentarse bajo diversas formas, a saber: novación objetiva y novación subjetiva.

Hay novación objetiva cuando el mismo acreedor y deudor sustituyen la primitiva obligación por otra nueva, con prestación distinta o a título diferente. En estos casos se modifica la prestación o el título en virtud del cual se debe.

En la nueva obligación aparecen el mismo acreedor y el mismo deudor; no hay, en consecuencia, cambio de sujetos en la nueva relación obligacional -como en el caso de la novación subjetiva-.

<sup>52</sup> OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852, Actas de las Sesiones, Fascículo V, Páginas 194 a 196. Imprenta Castrillón, Lima, 1926.

permite reconocerla; las personas que intervienen en ella ligadas con el rol de deudores o acreedores, pueden desaparecer y ser reemplazados por otros; la acreencia y la deuda son igualmente cedibles. Pero el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita."

Añade el citado autor que el cambio de objeto importa novación. Si las partes modifican el objeto de la obligación, se entiende que una nueva substituye y extingue a la antigua.

Expresa Salvat<sup>53</sup> que según una teoría aceptada por la gran mayoría de los autores modernos, la dación en pago encierra una novación por cambio de objeto: las personas obligadas quedan siempre las mismas, pero el objeto cambia, y, por consiguiente, la novación existe.

Para Arturo Valencia Zea<sup>54</sup>, cuando hay cambio en la obligación primitiva por sustitución del objeto, puede realizarse un caso de dación en pago o una novación. En el fondo, añade el referido autor, en toda dación en pago se descubre una novación tácita por cambio de objeto seguido de la ejecución inmediata de la nueva obligación.

Antonio de la Vega Vélez<sup>55</sup> considera que la figura bajo análisis implica una verdadera novación por sustitución del objeto, porque al aceptar el acreedor que se le dé una cosa distinta de la que se le debe, en lo que consiente es en extinguir su crédito primitivo reemplazándolo por otro nuevo, cuyo objeto es la nueva cosa que el deudor ofrece en pago.

En opinión de Boffi Boggero<sup>56</sup>, la **datio in solutum** es una especie de novación. Así, cuando A y B deciden cambiar la prestación debida por otra, han dado fin a una obligación y han concedido vida a la que colocan en el lugar de aquella.

No obstante lo señalado, se han formulado argumentos contrarios a esta posición, pretendiéndose que la dación en pago no crea una nueva obligación.

En este sentido, León Barandiarán<sup>57</sup> anota que el argumento de que en la

---

<sup>53</sup> SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo II, Página 485.

<sup>54</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 426.

<sup>55</sup> DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 275.

<sup>56</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 349.

<sup>57</sup> LEON BARANDIARAN, José. En Torno a la Novación Objetiva. En: Libro Homenaje al

dación en pago existe una novación, según lo han sostenido quienes adoptan este temperamento, se basa en que se piensa que se crea una nueva obligación para cumplir con la prestación a la cual ésta respecta, y así automáticamente se deja sin efecto la anterior prestación, al darse -de inmediato- cumplimiento a la nueva prestación que ha venido a surgir con la nueva obligación que ha sido convenida.

Señala León Barandiarán que el argumento es sofisticado. Con la **datio in solutum** no se piensa en crear ninguna nueva obligación, sino simplemente se piensa en utilizar un nuevo medio de pago, que es sólo una consecuencia de una obligación, pero no una obligación en sí. Vale decir, existe una obligación no ejecutada y lo que se quiere simplemente es pagar esa obligación con una prestación distinta, y nada más.

Al respecto, expresa Palacio Pimentel<sup>58</sup> que la dación en pago es una figura claramente diferenciada de la novación objetiva. En esta surge, nace una nueva obligación; en la dación en pago se extingue la obligación primitiva, sin que surja otra nueva en su reemplazo.

A entender de Ospina Fernández<sup>59</sup>, la dación en pago no es una novación. La novación tiende a un doble objetivo: extinguir una obligación preexistente y crear una nueva; en tanto que en la dación en pago el consentimiento se reduce a extinguir la obligación que se trata de solucionar con la ejecución de la prestación sustitutiva, acompañada del ánimo recíproco de extinguir la obligación preexistente entre las partes.

Manuel Albaladejo<sup>60</sup> considera que la dación en pago no constituye novación, porque las partes no persiguen modificar la obligación antigua (o extinguirla y dar vida a otra) cambiando su objeto, sino que -manteniéndola subsistente, tal como era, es decir, con el mismo objeto- persiguen sólo que se cumpla mediante otra prestación.

Por otra parte, un sector de la doctrina afirma que hay dación en pago en tanto exista simultaneidad entre el acuerdo extintivo y su ejecución; mientras que nos encontraremos ante un acto de novación cuando medie un lapso entre dicho

---

Doctor Mario Alzamora Valdez, Páginas 5 y 6. Lima, Cultural Cuzco Editores, 1988.

<sup>58</sup> PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, Tomo II, Páginas 566 y 567. Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L. Lima, 1990.

<sup>59</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 421 y 422.

<sup>60</sup> ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Volumen II, Página 146. Librería Bosch, Barcelona, 1980.

acuerdo y su realización.

Según esta tesis cuando el cumplimiento de la nueva obligación se realiza acto seguido de la convención sustitutiva, se configura dación en pago, pero si la nueva prestación se ejecuta con posterioridad al acuerdo de partes, dicho acto debe mirarse como novación.

Sobre el particular se ha dicho que sólo cuando media un tiempo perceptible entre una y otra operación, entre la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste, es que no hay dación en pago y sí novación.

A nuestro modo de ver, y tal como ya lo hemos manifestado, el hecho de que la segunda obligación se extinga inmediatamente después de creada o que subsista por algún tiempo carece de relevancia en lo que a la naturaleza y características de esta institución se refiere<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Es claro que entre el nuevo acuerdo o el pago tiene que mediar al menos un instante, el que transcurre entre el consentimiento y el pago. La simultaneidad es filosóficamente imposible. Y además, reiteramos nuestra pregunta: ¿cuánto debe tardar ese lapso? ¿Un minuto, una hora...?

En tal sentido, podríamos preguntarnos si estaríamos ante un supuesto de dación en pago o uno de novación objetiva, en el caso que un acreedor acuerde con su deudor, por teléfono, que el pago que va a efectuar el deudor ya no se va a ejecutar con el objeto A, sino con el objeto B. Si luego del acuerdo el deudor tarda más de una hora en llegar en su automóvil al domicilio del acreedor, ¿estaremos ante una dación en pago o ante una novación objetiva?

Y también podríamos preguntarnos qué ocurriría si dicho acuerdo telefónico se adoptara entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en el Cuzco, y el deudor viaja al Cuzco para pagar con el nuevo objeto, tardando el pago varias horas desde el momento del acuerdo.

O, abundando en los ejemplos, preguntamos qué sucedería si el mismo acuerdo se adopta entre dos personas que se encuentran una en Lima y la otra en Melbourne, Australia, demorando más de un día el viaje entre una ciudad y otra, teniendo en cuenta las conexiones de los vuelos a realizar y las grandes distancias a recorrer.

Estimamos absurdo analizar si la demora en el pago nos ubica ante una novación objetiva o una dación en pago. Consideramos ilógico, lo repetimos, aplicar en este caso al Derecho fórmulas aritméticas.

Adicionalmente podríamos plantearnos para considerar lo pernicioso del criterio que combatimos, el tema de la teoría del riesgo. Lo hacemos con un ejemplo.

El señor Pérez se dirige a pagar lo que debe al señor Castro: se trata de un televisor usado marca Sony de 17 pulgadas (bien cierto). Pero no va con el mencionado artefacto, sino con uno de marca Hitachi, también usado, de 23 pulgadas (otro bien cierto).

El señor Pérez deja el televisor en su automóvil, estacionado a unos 60 metros del domicilio de su acreedor, el señor Castro. En la puerta, conversando el deudor con el acreedor, le plantea entregarle no el televisor Sony, sino el Hitachi. El acreedor acepta.

De otro lado, se ha objetado la posición doctrinaria bajo comentario, por considerar que no existe en el acto de dación en pago **animus novandi**.

Este argumento, a nuestro juicio, carece de sustento alguno.

Como reiteradamente lo hemos expresado, para que se produzca dación en pago resulta indispensable que acreedor y deudor lleguen a un acuerdo en tal sentido, vale decir, que ambos convengan en que ya no se pague al acreedor con el objeto (hablando en el más amplio sentido del término) debido inicialmente, sino con uno distinto.

Este acuerdo, qué duda cabe, se celebra porque a ambas partes les interesa efectuar dicho cambio, pues en caso contrario simplemente no llegarían a celebrar el mencionado convenio.

---

El deudor se dirige a su automóvil a recoger el televisor Hitachi, dándose con la ingrata sorpresa de que su vehículo ha sufrido la manipulación de una puerta y que unos ladrones han robado dicho televisor.

La pregunta que podríamos formularnos es si el deudor debía el televisor Sony, caso en el cual el robo del Hitachi sería indiferente, debiendo ir por el Sony y entregarlo al acreedor; o si, por el contrario, ya se encontraba obligado a entregar el Hitachi, caso en el cual, por el robo del mismo, hecho que determina su pérdida (artículo 1137, inciso 2, del Código Civil Peruano), ya no estaba obligado a cumplir esa prestación, pues la pérdida se habría producido sin culpa de las partes (artículo 1138, inciso 5).

Por nuestra parte consideramos que, obviamente, el deudor, luego de haber llegado al mencionado acuerdo con su acreedor, ya no estaba obligado a entregar el televisor Sony, sino el Hitachi. Por esta razón, simplemente ya nada debería, pues la obligación se habría extinguido y, aplicando el principio **periculum est debitoris** (artículo 1138, inciso 5, del Código Civil Peruano), su acreedor también se vería liberado de pagarle la contraprestación eventualmente convenida.

Ahora bien, imaginemos un supuesto distinto: que el deudor, luego de haber acordado con su acreedor el cambio de un televisor por otro, decide, dolosamente, no entregarlo.

La pregunta que podríamos plantearnos es si el acreedor estaría en aptitud de demandar la ejecución forzosa para que se le entregue el televisor Sony o el Hitachi. Creemos -sin temor a equivocarnos- que el único artefacto que podría exigir sería el televisor Hitachi, y ya no el Sony, pues este último, simplemente, se había dejado de deber.

Los supuestos mencionados nos conducen, ineludiblemente, a afirmar que la dación en pago es una figura carente de autonomía conceptual. Se trata, en suma, de uno de los tantos supuestos pasibles de estar comprendidos dentro de la novación objetiva.

Resulta evidente, en tal sentido, que las consecuencias que se derivan de una dación en pago son aquellas que nacen de la nueva obligación, fruto de la novación producida respecto de la obligación originaria. En razón de estos argumentos es que entendemos que las consecuencias de un pacto de dación en pago son las mismas que las de una novación objetiva.

Dentro de tal orden de ideas, no nos cabe duda alguna de que en ambas partes está presente, y de la manera más clara, el **animus novandi**, e en la medida en que -de modo expreso- cambian una obligación por otra.

Más aún, consideramos que cabría preguntarnos si en el caso de la dación en pago, la novación que ella implica debe darse siempre de manera expresa, o si cabe que se produzca por incompatibilidad en la coexistencia simultánea de los dos objetos.

Creemos que no hay razones para suponer que en la dación en pago no puedan darse ambas posibilidades.

Ello porque, insistimos, se trata de un supuesto más de novación objetiva, y el Código Civil Peruano de 1984 contempla, dentro de sus normas, al segundo párrafo del artículo 1277, el mismo que prescribe lo siguiente: "Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva."

Y, por último, también debemos tener en cuenta lo expresado por Greco, quien es citado por Cazeaux y Trigo Represas<sup>62</sup>, cuando afirma -en criterio que compartimos- que no es la sola intención de las partes, desprendida del ordenamiento, la que debe tenerse en cuenta para resolver la esencia jurídica de una figura determinada.

Como ha sido señalado por nosotros, el Código Civil Peruano legisla de manera independiente y separada la novación y la dación en pago<sup>63</sup>.

En tal sentido y antes de finalizar nuestro análisis de la naturaleza jurídica de la dación en pago, consideramos pertinente establecer una comparación entre ambas instituciones.

Aclaremos, sin embargo, que no nos referimos a todas las clases o supuestos de novación, ya que no todos ellos, por más esfuerzos dialécticos que se efectúen, son susceptibles de compararse con la dación en pago.

Como es sabido, la novación reviste dos grandes formas. La primera es la novación subjetiva, vale decir aquella en la que se produce una modificación en los

---

<sup>62</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 285.

<sup>63</sup> La novación es regulada en el Título III de la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil Peruano de 1984, artículos 1277 a 1287.

sujetos de la relación obligatoria, permaneciendo el objeto de ella (la prestación) inalterado. La novación subjetiva, a su vez, puede ser por cambio de acreedor o por cambio de deudor. La novación subjetiva por cambio de deudor, a su turno, se presenta por delegación o por expromisión.

La otra forma de novación es la objetiva. Ella implica un cambio en el objeto de la relación obligatoria, quedando los sujetos de dicha relación tal como se encontraban antes de efectuarse la novación.

Como viene siendo expresado en estas páginas, la dación en pago tiene relación directa con el objeto de la obligación, ya que ella genera un pago con objeto distinto a aquel que es materia de la relación obligatoria. En tal sentido, resultan obvias las diferencias existentes entre la dación en pago y la novación subjetiva por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en este último caso, en cualquiera de sus dos modalidades).

Todo lo contrario ocurre entre la dación en pago y la novación objetiva, pues es precisamente respecto a este tipo de novación que surgen la mayoría de opiniones destinadas a asimilar o a diferenciar ambas figuras.

### **3.5.1. Supuestas diferencias existentes entre la dación en pago y la novación objetiva.**

En adelante, tal como lo hemos manifestado, vamos a comparar, en diversos rubros, dentro del régimen legal peruano vigente, a la dación en pago y la novación objetiva, a fin de comprobar que ambas figuras comparten similar naturaleza jurídica.

#### **3.5.1.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria.**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1265 del Código Civil, la dación en pago no implicaría, necesariamente, una alteración de la relación obligatoria, en la medida en que sólo se hace alusión a la posibilidad de efectuar el pago cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Sin embargo, ello no resulta posible ni teórica ni prácticamente, tal como ha sido explicado por nosotros.

En la novación -igualmente- se produce un cambio o sustitución de una obligación por otra, tal como lo prescribe el artículo 1277 del Código Civil.

#### **3.5.1.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto.**

Debemos señalar que no obstante que la escueta regulación de la dación en pago no se coloca en esta hipótesis, entendemos que sería perfectamente posible que a esta figura jurídica le sean de estricta aplicación los conceptos regulados por el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil, en el sentido de que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Sin embargo, habría que ser muy cautos con esta última alternativa, cuando nos encontremos ante una dación en pago, en la medida en que deberá existir la absoluta certeza de que efectivamente se está produciendo una dación en pago en relación a la obligación de que se trata, y no un pago distinto, derivado de otra causa-fuente, es decir, por efecto de alguna otra obligación diferente.

#### 3.5.1.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

El artículo 1278 del Código Civil señala que hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

En el caso de la dación en pago, se entiende que ésta se verifica por la modificación de la prestación con que se paga, mas no por una variación en el título de la obligación, situación que nos colocaría -aun dentro del régimen legal peruano- irremediamente dentro del campo de la novación objetiva.

#### 3.5.1.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1279 del Código Civil, la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

Por nuestra parte diremos que, en general, no produce novación cualquier cambio accesorio que se produzca en la obligación.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En ese orden de ideas, existe una posición doctrinaria<sup>64</sup> que señala

---

<sup>64</sup> Luciano Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. ¿Es el derecho de Obligaciones un Derecho Neutral?. Pautas Para un Proyecto de Ley de Enmiendas al

que con la dación en pago no se estaría extinguiendo una relación obligatoria, sino procediendo a su modificación o regulación.

Justamente respecto a este punto debemos señalar que es cierto que los contratos pueden tener esas cuatro funciones y, en tal sentido, la dación en pago, dentro del régimen legal del Código Civil Peruano, resultaría ser un convenio con una finalidad modificatoria.

La dación en pago, tal como es concebida por nuestro Código, simplemente constituye un pacto por el cual el acreedor accede a recibir un pago con una prestación distinta a la originalmente debida. A través de la dación en pago se estaría cambiando la obligación y por ello generaría efectos novatorios.

La dación en pago tiene como característica fundamental la variación del objeto debido, es decir, se trata de un pacto para alterar -de mutuo acuerdo- el principio de identidad en el pago. Pero es obvio que la dación en pago exige una diferencia sustancial o apreciable entre el objeto inicialmente pactado y aquel con el que se acuerda proceder a pagar, pues de lo contrario, vale decir, si el cambio fuese irrelevante, entonces nos encontraríamos ante el pago de lo mismo, sólo que tal vez con alguna modalidad especial, en cantidad mayor o menor, en plazo distinto, o, en general, con cualquier variación que no sea fundamental como para considerar que estamos ante una dación en pago y no ante el pago de lo mismo.

Por otra parte, consideramos que este principio debería ser interpretado de manera coherente con el artículo 1279 del Código Civil, pues el sentido de las apreciaciones que estamos vertiendo en relación a la dación en pago es prácticamente el mismo que para el caso de la novación objetiva.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos señalar que tanto para la dación en pago como para la novación objetiva, ningún cambio accesorio en la prestación a pagar da origen a alguna de las dos figuras mencionadas.

#### 3.5.1.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Como ha sido señalado por nosotros, en la dación en pago se

---

Libro VI del Código Civil. En: Universidad de Lima. Diez Años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Congreso Internacional, Tomo II, 1995, Páginas 62 a 64).

produce -al momento de celebrarse el acuerdo en virtud del cual se podrá pagar con prestación distinta- una extinción de la obligación existente entre acreedor y deudor; lo que significa, en buena cuenta, que dentro del régimen legal peruano, una dación en pago en la que todavía no se ha verificado el pago, implica que el deudor deba al acreedor una prestación diferente a la que en origen le debía. Esta situación -doctrinaria y conceptualmente- nos parece correcta (y justamente por esto es que le negamos autonomía conceptual a la dación en pago).

Por tal razón, luego de celebrado un acuerdo de dación en pago, en tanto el pago todavía no se hubiese verificado, deberá entenderse que está vigente la nueva obligación. Dentro de tal orden de ideas, en relación al tema de las garantías que aseguran el cumplimiento de dicha obligación, ellas se habrán extinguido, en la medida en que ha habido extinción de la obligación primitiva y la sustitución de esta obligación por otra.

3.5.1.6. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple.

De conformidad con lo previsto por el primer párrafo del artículo 1284 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Este precepto, propio de la novación, también resultaría aplicable al caso de la dación en pago, en la medida en que dentro de esta figura se produce la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Sin embargo, cabría preguntarse si resultaría posible que se diera el caso de que se celebre una dación en pago, pero las partes acuerden en esta dación en pago que se pagará con una prestación distinta a la debida, sujetando este hecho a la eventualidad de una condición o al advenimiento de un plazo.

Creemos que ello es factible y que tal situación no impediría que se produzca una dación en pago, en la medida en que nosotros negamos cualquier relevancia a las dimensiones del lapso que debe mediar entre el acuerdo de dación en pago y el momento en que efectivamente se verifique dicho pago.

3.5.1.7. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición suspensiva.

En virtud de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1284 del Código Civil, las mismas reglas del primer párrafo de este numeral se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera

pura.

En lo que respecta a este párrafo, lo cuestionamos seriamente por considerar que la norma carece de sentido y que los principios que deberían aplicarse son exactamente los contrarios.

Pero, no obstante nuestra posición al respecto, debemos señalar que en este punto también sería posible imaginar una dación en pago, en la cual se proponga hacer un pago puro y simple con una prestación distinta a la debida originalmente, que hubiese estado sujeta a condición suspensiva.

#### 3.5.1.8. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición resolutoria, siendo la obligación original una pura y simple.

De acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1285 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Es así que se podría imaginar que aquello que se hubiese acordado pagar en vez del objeto de la obligación contraída, esté sujeta a una condición resolutoria. Esta situación, sin embargo, no impediría que estuviéramos en presencia de una dación en pago.

#### 3.5.1.9. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición resolutoria.

El segundo párrafo del artículo 1285 del Código Civil prescribe que similares reglas que aquellas contenidas en el primer párrafo de este numeral se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera simple.

Naturalmente que ello, dentro de la libertad contractual recogida por nuestro Código Civil, resultaría factible de pactarse a manera de dación en pago.

#### 3.5.1.10. Sobre la nulidad de la obligación original.

El artículo 1286, primer párrafo, establece que si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación. Resulta obvio que si estuviésemos frente a una obligación nula, no cabría la posibilidad de pactar una dación en pago en torno a la misma, pues también sería nula.

#### 3.5.1.11. Sobre el carácter anulable de la obligación original

El artículo 1286, segundo párrafo, señala que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

En el caso de la dación en pago, si estuviésemos frente a una obligación anulable, ésta sería una obligación con validez actual e invalidez pendiente, la misma que podría llegar o no a verificarse en algún momento. De acuerdo a esta consideración, mientras una obligación anulable no se anule, es válida y en tal sentido no habría razón alguna para proscribir la posibilidad de celebración de una dación en pago.

#### 3.5.1.12. Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva.

En virtud de lo establecido por el artículo 1287 del Código Civil, si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

Algo similar a lo señalado en este numeral sería susceptible de presentarse en la dación en pago, pues esta figura -lo reiteramos- constituye sólo un supuesto más de novación objetiva.

## 4. ***Efectos de la dación en pago.***

Desde el punto de vista práctico, el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago parecería indiferente. No obstante, de la posición que se adopte al respecto van a derivarse los efectos que a la misma deban atribuirse. Al haber adoptado nosotros la teoría que considera a la dación en pago como un supuesto de novación objetiva, estimamos que los efectos de la dación en pago serían los que mencionamos a continuación:

### 4.1. *Sobre las garantías de la obligación.*

Por considerar que la dación en pago es un supuesto de novación objetiva, en nuestra opinión la extinción definitiva y absoluta de la obligación originaria y de las garantías reales o personales que sobre ésta se hubiesen constituido, son consecuencia de esta institución<sup>65</sup>.

<sup>65</sup>

Al respecto, refiere Eduardo Serrano (SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.) que en el Derecho Romano los Sabinianos reconocían a la **datio in solutum** una eficacia extintiva de la obligación **ipso iure**, como si fuese el mismo pago. Por el contrario, los Proculyanos atribuían a la misma una eficacia indirecta, es decir, que la obligación originaria en definitiva subsistía, y la **datio in solutum** operaba por vía de excepción. Se atribuía al deudor que pagaba con prestación diferente a la originariamente pactada la

Sin embargo, no existe un criterio unívoco sobre el tema.

Así, por ejemplo, en caso que el acreedor del bien dado en pago sea vencido en un proceso sobre la propiedad de dicho bien, se discute en doctrina si la obligación primitiva revive o no, de forma tal que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la deuda originaria.

#### 4.2. *Sobre las obligaciones de saneamiento.*

Planiol y Ripert<sup>66</sup> anotan que la naturaleza jurídica de la dación en pago sólo tiene real importancia en el tema de la evicción del acreedor. Si se trata de una simple modalidad del pago, se dice que el acreedor vencido en la evicción no fue pagado y que, por tanto, su acción subsiste con todas sus garantías accesorias; si hubo novación, la acción primitiva quedó extinguida definitivamente y el acreedor no podrá ejercitar sino la acción derivada de su nuevo crédito; si se produjo una venta, podrá ejercitar el recurso de garantía correspondiente a todo comprador.

Según Albaladejo<sup>67</sup>, se discute en doctrina cuáles son los derechos del acreedor que recibe una cosa en pago, si ésta tiene vicios ocultos o se pierde por evicción, y la solución depende de la naturaleza que se atribuya a la dación en pago. Pero, en general -conforme señala el citado profesor-, se puede decir que prevalece la opinión de considerar obligado al que dio en pago el saneamiento (por evicción o por vicios ocultos) de la cosa dada, bien por estimar que la dación en pago es una venta, aplicándosele, entonces, las reglas de ésta, y, entre ellas, las relativas al saneamiento de lo vendido, bien por estimar que aunque no lo sea, es, al menos, un contrato oneroso (pues se encamina al cambio de la prestación antigua por la nueva) al que, en principio, son aplicables las normas de la compraventa referentes al saneamiento. En su opinión hay que descartar esa tesis y, partiendo de que la obligación se extingue por la dación en pago -y, en principio, no renace después- el acreedor sufre evicción de lo que le fue dado en pago<sup>68</sup>.

---

posibilidad de oponer una **exceptio doli mali** al acreedor que le reclamase la prestación debida originariamente, después de haber aceptado una prestación diversa **in solutum**.

<sup>66</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

<sup>67</sup> ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 146.

<sup>68</sup> Sobre el particular, Eduardo Serrano (SERRANO, Eduardo. Op. cit., Página 418.) considera que otro aspecto muy discutido en la doctrina romanista, y que se plantea en los mismos términos en el Derecho moderno, es el de la solución que deba seguirse en el caso de evicción de la cosa dada en lugar de la prestación originaria, pues los textos romanos son frecuentemente contradictorios.

Manuel Augusto Olaechea<sup>69</sup> expresa que el partido que se tome es indiferente desde el punto de vista práctico. Implicando la adjudicación en pago una novación seguida de ejecución inmediata, todo se ha concluido entre las partes; pero el interés aparece si se supone que el acreedor es perturbado en la posesión de la cosa que recibió en pago. En esta hipótesis, las opiniones se separan: conforme a la opinión tradicional, debe admitirse que el acreedor eviccionado no fue efectivamente pagado y por consiguiente mantiene su acción primitiva que revive con todas sus garantías y accesorios; según la teoría moderna, se decide que la primitiva acción quedó extinguida por la novación operada y que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado como comprador por la evicción que ha sufrido.

Según la tesis que sostenemos, la primitiva acción queda extinguida por haber operado novación, de suerte que el acreedor tiene derecho únicamente a ser indemnizado por la evicción que ha sufrido.

En este sentido, Valencia Zea<sup>70</sup> señala que la dación en pago exige los mismos requisitos del cumplimiento normal y tiene iguales efectos que el pago; el crédito se extingue sin consideración a si el objeto entregado corresponde o no al valor primitivo.

Entiende el profesor colombiano que si el crédito anterior se extingue, se deduce que las nuevas relaciones que se establezcan entre deudor y acreedor recaerán exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago. Si se debe un semoviente y el acreedor acepta que en el momento del pago se le entregue uno diferente, las cuestiones relativas a vicios redhibitorios, saneamiento por evicción, entre otras, se referirán al nuevo semoviente y no al antiguo. Por lo tanto, el acreedor no puede desistir del nuevo acuerdo y hacer revivir el antiguo.

En relación a los efectos de la dación en pago para el Derecho Alemán,

---

Serrano señala que la misma doble solución se encontraría en dos textos de Paulo. Así, en D.46.3.98 parece inclinarse en el caso de evicción de la cosa dada en dación por el resurgir de la obligación originaria, mientras que en otro texto, D.41.3.4.17, y equiparando la **datio in solutum** con la compraventa, parece inclinarse a favor de conceder al acreedor una **utilis actio ex empto**. Se trata de dos soluciones opuestas entre sí, pues por un lado afirma que la evicción de todo o parte de un fundo determina el resurgir de la relación originaria; y por otro, en el mismo texto y para el caso en que sea dado un fundo valorado por efecto del dolo en cantidad superior a su valor real, la dación se estima válida pero el deudor queda liberado con el pago del equivalente del valor de la prestación.

<sup>69</sup> OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Op. cit., Página 28.

<sup>70</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 424.

Enneccerus, Kipp y Wolff<sup>71</sup> sostienen que si el objeto prestado le es eviccionado por un tercero al acreedor, éste no puede invocar su antiguo crédito, pues lo ha extinguido definitivamente a cambio del objeto dado en pago; tiene los mismos derechos que corresponden al comprador en el caso de evicción del objeto de la compraventa; y, por tanto, puede exigir indemnización, o si el deudor se halla en mora con respecto a la transmisión del derecho, fijar un plazo prudencial (declarando que rechaza el cumplimiento posterior) y, una vez transcurrido este plazo, exigir indemnización por incumplimiento o resolver el contrato.

Recuerda Borda<sup>72</sup>, por su parte, que en opinión de Vélez Sarsfield, si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado como comprador, mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

#### 4.3. *Sobre la teoría del riesgo.*

Como ha sido mencionado por nosotros a raíz de ejemplos dentro del análisis que estamos efectuando, si la dación en pago es sólo un supuesto de novación objetiva, resulta evidente que en materia de la teoría del riesgo los efectos de ambas figuras serán exactamente los mismos.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que si se ha producido una dación en pago o una novación objetiva, hasta antes de haberse efectuado el pago (que en el caso de las obligaciones de dar equivale a decir hasta antes de haberse entregado el bien), la teoría del riesgo y los alcances del artículo 1138 del Código Civil se vinculan ineludiblemente con el bien objeto de la nueva obligación. Esto significa que lo que ocurra en relación al bien objeto de la primera obligación (la ya extinguida), no tendrá relevancia alguna.

Está claro que si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas también serían aplicables al tema las disposiciones de los artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil; y si, además, fuese un contrato de compraventa, serían aplicables los numerales 1567, 1568, 1569 y 1570 del referido cuerpo legal.

También resulta evidente que el tema de la teoría del riesgo sería aplicable a la nueva obligación cuando nos encontrásemos ante una obligación de hacer o de no hacer.

#### 4.4. *Sobre el reconocimiento de las obligaciones.*

---

<sup>71</sup> ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 320 y 321. Bosch, Barcelona, 1950.

<sup>72</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 623 y 624.

En relación al tema del reconocimiento de las obligaciones, debemos señalar que si se presentase un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, luego de haberse celebrado un convenio de dación en pago, dicho reconocimiento podría recaer única y exclusivamente en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, y no de la anterior obligación ya extinguida.

#### 4.5. *Sobre la cesión de derechos.*

En relación a la transmisión de las obligaciones a través de la cesión de derechos, resulta pertinente señalar que luego de producida una dación en pago y antes de verificarse dicho pago, sólo resultaría posible que el acreedor cediera a un tercero cesionario el derecho a hacer efectiva la nueva obligación, única subsistente. Es obvio que aquí no cabría ceder derechos que corresponderían a una obligación extinguida.

#### 4.6. *Sobre los efectos generales de las obligaciones.*

Resulta evidente, dentro de la línea de pensamiento expresada, que los efectos propios del artículo 1218 del Código Civil, que prescribe que la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley, o se ha pactado en contrario, serán aplicables a la obligación que surge del acuerdo de dación en pago y no a la anterior.

Los mismos conceptos resultan de aplicación a los efectos de las obligaciones contenidos en el artículo 1219 del Código sustantivo.

#### 4.7. *Sobre el pago en general.*

Es claro que todas las disposiciones generales del pago sólo son aplicables a la obligación resultante del acuerdo de dación en pago, única exigible.

#### 4.8. *Sobre el pago de intereses.*

Si luego de concertado un acuerdo de dación en pago, media un lapso suficiente como para generar intereses, éstos se devengarán sobre la obligación nacida del acuerdo de dación en pago.

#### 4.9. *Sobre el pago por consignación.*

Si celebrado el acuerdo de dación en pago, el acreedor se negase a recibir el pago o, por alguna circunstancia distinta, se encontrara en la imposibilidad de recibirlo, el deudor tendrá el derecho de consignar la prestación debida, que,

obviamente, sería aquella fruto del acuerdo de dación en pago.

#### 4.10. *Sobre la imputación del pago.*

Si se presentase algún supuesto de imputación del pago entre un mismo deudor y un mismo acreedor de diferentes obligaciones, tendría que considerarse, para cualquier efecto, a la obligación surgida de la dación en pago.

#### 4.11. *Sobre el pago con subrogación.*

Tanto en el supuesto de la subrogación de pleno derecho, como de la subrogación convencional, el pago que se efectúe debe estar referido a la nueva obligación. Resulta evidente que un eventual pago de la obligación primigenia-ya extinguida- no surtiría, para los fines de la subrogación, efecto alguno.

#### 4.12. *Sobre el pago indebido.*

En lo referente al pago indebido, podría presentarse este supuesto si el deudor o un tercero, incurriendo en error de hecho o de derecho, pagara la obligación primitiva en lugar de la correspondiente al acuerdo de dación en pago.

#### 4.13. *Sobre la novación.*

Como reiteradamente lo hemos señalado, en nuestra opinión los efectos de la dación en pago son fundamentalmente los mismos que aquellos que corresponden a la novación objetiva.

Al celebrarse una dación en pago se está concertando, en rigor, una novación objetiva, al cambiarse una obligación por otra.

Pero esto no constituye obstáculo para que, luego de producida la dación en pago, se pueda volver a celebrar un nuevo acuerdo de dación en pago o novatorio (lo que en buena cuenta significa lo mismo) respecto de la nueva obligación.

#### 4.14. *Sobre la compensación.*

En lo relativo a la posibilidad de compensar dos obligaciones que tengan recíprocamente dos partes, resulta claro que una de ellas deberá estar constituida por la obligación fruto de la dación en pago. La obligación extinguida por el acuerdo de dación en pago nunca podría compensarse.

#### 4.15. *Sobre la condonación.*

Si eventualmente acreedor y deudor quisieran recurrir al mecanismo de la condonación o perdón de la deuda, como medio extintivo de la obligación, sólo les quedaría recurrir a la condonación de aquella obligación surgida del acuerdo de dación en pago.

#### 4.16. *Sobre la consolidación.*

Para que se produzca la consolidación es necesario que se confundan en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor. Si se hubiese producido un acuerdo de dación en pago, con un pago todavía no verificado, la consolidación tendría necesariamente que referirse a la obligación nacida de ese acuerdo.

#### 4.17. *Sobre la transacción.*

Es claro que si existiesen asuntos dudosos o litigiosos en relación a la obligación original, ello ya no ofrecería inconvenientes, pues se trataría de una obligación extinguida. Dentro de tal orden de ideas, para poder llegar a un acuerdo transaccional que dé solución a un eventual conflicto de intereses entre las partes, deberá tomarse como referencia y elemento objeto de la transacción a la obligación surgida del acuerdo de dación en pago.

#### 4.18. *Sobre el mutuo disenso.*

Respecto de este punto, son de plena aplicación nuestros comentarios efectuados al caso de transacción.

#### 4.19. *Sobre las disposiciones generales de inejecución de obligaciones.*

Con posterioridad al acuerdo de dación en pago, la única obligación que tiene que cumplirse es la nueva; y si se incumpliese esta obligación, todas las consecuencias derivadas de su inejecución estarían referidas a ella.

#### 4.20. *Sobre la mora.*

Con posterioridad al acuerdo de dación en pago, el acreedor única y exclusivamente podría exigir el cumplimiento de la obligación surgida de dicho acuerdo, y de configurarse la situación de mora, evidentemente deberá estar referida a la nueva obligación.

#### 4.21. *Sobre la cláusula penal.*

Como es sabido, la cláusula penal es una estipulación accesoria que puede pactarse contemporáneamente al nacimiento de la obligación o en un

momento posterior.

Imaginemos por un instante que estamos en presencia de una obligación con cláusula penal. Imaginemos también que luego se produce un acuerdo de dación en pago. Este acuerdo, como ha sido señalado por nosotros, tiene efectos novatorios, vale decir, que produce la extinción de la obligación primigenia. Y como resulta evidente que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al producirse la extinción de la obligación primigenia, se produce la extinción de la cláusula penal.

En tal sentido, si quisiera mantenerse la estipulación de cláusula penal en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, tendría que convenirse, coetánea o posteriormente a dicho acuerdo, una nueva penalidad.

## 5. **Consideraciones finales.**

Los efectos mencionados son, en opinión nuestra, los principales que presenta la dación en pago dentro del ámbito del Derecho de Obligaciones en el ordenamiento jurídico peruano. Sin haber estado en nuestro ánimo agotar los efectos jurídicos de la dación en pago respecto a todos los preceptos del Derecho Civil, en cuanto sean pertinentes, cualquier omisión se suple de modo fácil al considerar tal institución como un caso de novación objetiva.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la dación en pago, estimamos conveniente establecer que esta figura no debe confundirse con las obligaciones alternativas o facultativas. Así lo previene claramente Raymundo Salvat<sup>73</sup> cuando señala que:

"Entre las obligaciones alternativas y el pago por entrega de bienes, existe la siguiente diferencia: en las primeras, cualquiera sea la prestación elegida por el deudor para el cumplimiento de la obligación, esa prestación era debida desde el origen de ésta y, por consiguiente, no habría habido sustitución de una por otra. En el pago por entrega de bienes, la sustitución existe.

Además, en el pago por entrega de bienes se necesita acuerdo de voluntades, mientras que en la obligación alternativa la elección de la prestación que se cumple es un acto exclusivo del deudor o del acreedor, según sea a quien corresponda el derecho de elección.

(...) Entre las obligaciones facultativas y el pago por entrega de bienes, hay un punto de semejanza: que en ambos casos hay sustitución de una prestación

---

<sup>73</sup>

SALVAT, Raymundo. Op. cit., Tomo II, Páginas 484 y 485.

por otra. Pero existen las siguientes diferencias: en la obligación facultativa, la sustitución es obligatoria para el acreedor, y el deudor tiene el derecho de hacerla; en el pago por entrega de bienes, la sustitución es voluntaria para el acreedor y el deudor no puede imponérsela; en la obligación facultativa la sustitución tiene su origen en el título mismo de la obligación; en el pago por entrega de bienes, por el contrario, la sustitución tiene su origen en una convención posterior al nacimiento de la obligación e independiente de ella."

En efecto, por existir una prestación **in facultate solutionis**, el deudor de una obligación facultativa puede satisfacer el cumplimiento de la obligación originaria con la ejecución de otra prestación distinta.

De allí que la dación en pago pretende asimilarse, en algunas ocasiones, a las obligaciones facultativas.

Esta concepción, sin embargo, es errónea, ya que en la dación en pago acreedor y deudor no convienen, al tiempo del nacimiento de la obligación, en otorgar al deudor facultad de sustitución en el objeto de pago.

En este sentido, Barchi Velaochaga<sup>74</sup> anota que en las relaciones obligatorias con facultad de sustitución, se concede al deudor la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación "sustitutoria" -denominada por nuestro Código Civil prestación "accesoria"-, previamente establecida, distinta a la prestación "debida".

La facultad de sustitución -considera Barchi Velaochaga- implica la posibilidad del deudor de modificar el objeto de la relación obligatoria. Tal posibilidad ha sido previamente establecida por las partes como un derecho potestativo del deudor.

En la dación en pago, en cambio, las partes no han previsto una prestación "sustitutoria".

Lima, diciembre del 2000.

---

74

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. cit., Páginas 117 y 118.