

La dación en pago

Estudio de derecho peruano y comparado

por

Luis Moisset de Espanés

Gaceta Jurídica, Tomo 67-B, junio 1999, p. 25.

SUMARIO:

- 1) Concepto.
 - 2) Elementos.
 - 3) Distinción con la novación objetiva.
 - 4) Naturaleza jurídica.
 - 5) Casos y normas aplicables
-

1) **Concepto**

Nos ocuparemos de la dación en pago, institución que el Código peruano de 1984 regula en dos artículos (1265 y 1266), y que en el Código civil argentino ha sido denominada "pago por entrega de bienes", leyenda que precede al capítulo 7, dentro del título dedicado al pago.

En nuestro Curso de Obligaciones en el Derecho argentino, hemos dicho que esa denominación elegida por Vélez ha sido objeto de alguna crítica justificada, y que considerábamos preferible la denominación clásica, la romana, de *datio in solutum*, o sea *dación en pago*, porque en realidad cuando se habla de un pago por entrega de bienes, se despierta la idea de que se ha entregado algo corporal, algo tangible, y este modo extintivo de obligaciones no se reduce solamente a la posibilidad de entrega de una cosa, sino que admite otras alternativas, como ser la ejecución de un hecho en beneficio del acreedor, mediante el cual podría saldarse o extinguirse una

obligación cuya prestación fuese distinta¹.

Por lo expuesto preferimos la denominación de "dación en pago", empleada por el legislador peruano que, con bastante acierto, describe esta institución en el artículo 1265:

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

En la Exposición de Motivos se indica que esta norma tiene como antecedente inmediato el artículo 1274 del Código de 1936² y se citan con mucha prolijidad una serie de antecedentes de Derecho Comparado³, a lo que podríamos agregar lo previsto en los artículos 419 y 420 del Código griego⁴; el artículo 453 del Código civil de Polonia⁵; artículo 307 de Bolivia⁶, artículo 112 del Código de

¹. Ver nuestro "Curso ...", *Advocatus*, Córdoba, 1993, T. II, p. 239 y siguientes.

². "Art. 1274 (Código peruano de 1936).- 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 le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar".

³. Código civil de Alemania (art. 364); de Argentina (art. 779); brasileño (art. 995); de Méjico (art. 2095), y de Uruguay (art. 1490).

⁴. **Código civil de Grecia:** "Art. 419.- **Dación en pago.**- El acreedor no está obligado a aceptar, en lugar del pago, otra prestación. Si la acepta, la obligación se extingue".

"Art. 420.- Si se ha entregado otra cosa en pago al acreedor, el deudor responde de los vicios de hecho o de derecho de la cosa entregada, como lo haría vendedor."

⁵. **Código civil de Polonia:** "Art. 453.- Cuando el deudor, para liberarse de una obligación, efectúa otra prestación con consentimiento del acreedor, la obligación se extingue. Sin embargo, si el objeto de la prestación estuviese afectado de vicios, el deudor está obligado a una garantía, de acuerdo a las disposición sobre la garantía de la venta".

⁶. **Código civil de Bolivia:** "Art. 307 (**Prestación diversa de la debida**).- I.- El deudor no se libera ofreciendo una prestación diversa de la debida, aunque tenga igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta en ella.

II.- Si la prestación diversa de la debida ha consistido en la transferencia de la propiedad de una cosa u otro derecho, el deudor responde por la evicción y por los vicios ocultos, a menos que el acreedor vencido prefiera en uno y otro caso exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño.

Obligaciones de Senegal⁷, y artículo 598 del Código civil de Paraguay⁸

Parece conveniente destacar que, incluso en aquellos sistemas cuyos códigos nada dicen de la "dación en pago", su empleo es una práctica negocial aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pues -como su uso tampoco está prohibido- las partes pueden, de común acuerdo, sustituir la prestación originaria por otra que opere extintivamente.

Como ejemplo podemos citar lo que sucede en el derecho español, donde la norma que establece que no se puede pagar con una prestación distinta, deja a salvo la posibilidad de que el acreedor así lo acepte⁹, y hay numerosas sentencias del Tribunal Supremo español que se ocupan de casos en que medió una dación en pago¹⁰.

Cabe señalar que con muy buen criterio el legislador de 1984 se ha apartado de lo dispuesto por el Código de 1936 que en su artículo 1274, tomando como modelo el artículo 779 del Código Civil argentino, establecía como requisito de la dación en pago la entrega de una cosa

III.- No reviven las garantías prestadas por los terceros salva voluntad diversa de ellos.

IV.- Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 300".

⁷. **Código de las obligaciones de Senegal**, Sección II - La dación en pago. "Art. 112 (**Condiciones**).- Sin poder ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que le es debida, el acreedor puede convenir con el deudor una prestación de reemplazo en natura".

Destacamos que este Código no legisla sobre la novación.

⁸, **Código civil de Paraguay**: "Art. 598.- La obligación quedará extinguida cuando el acreedor aceptare en pago una prestación diversa.

Si lo entregado fueren créditos contra terceros se aplicarán las reglas de la cesión".

⁹. "Art. 1166 (Código civil español).- El deudor de una obligación no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor".

A contrario, el acreedor podrá aceptar la sustitución de la prestación, y se producirá una "dación en pago".

¹⁰. Ver Carlos R. Fernández Rodríguez, Naturaleza jurídica de la dación en pago, Anuario de Derecho Civil, 1957-III, p. 753 a 797 (en especial p. 758 y 759).

que no fuese dinero¹¹.

Comentando el cambio introducido en la norma, Osterling Parodi nos dice que **"Nada impide que se entregue dinero en pago de una prestación que no consista en una suma de dinero. Se ha considerado que siempre que se entregue una prestación diferente a la estipulada habrá dación en pago"**¹²

En nuestro Curso para el derecho argentino, hemos criticado la exigencia que impone el Código de Vélez¹³, manifestando que no estamos conformes con ella porque carece totalmente de justificativo, y agregábamos:

"Supongamos que el deudor estaba obligado a entregar, por ejemplo, una cosa mueble, un vehículo, un automóvil, o un animal, o que estaba obligado a ejecutar un hecho, una prestación, un servicio al acreedor y el acreedor voluntariamente acepta que esa obligación se cancele mediante el pago de una suma de dinero. ¿Por qué razón no habría aquí una dación en pago, si para extinguir la obligación se ha cumplido una prestación distinta, diversa de la que era su objeto?

No es que pretendamos evadirnos del texto del Código, sustentando una interpretación en contra de la ley; nada de eso. Creemos que éste es uno de esos casos en que las leyes son impotentes para ir en contra de lo que se llamaría la naturaleza misma de las cosas. Es inútil que el Código diga lo que dice. ¿Puede prohibirle, acaso, a un acreedor que reciba una suma de dinero en cancelación de una obligación? No; no puede. Sería una actividad perfectamente lícita, sería un acto en que obrarían de acuerdo ambas voluntades: las de acreedor y deudor. Acto que

¹¹. Ver arriba, en nota, el artículo 1274 del Código de 1936. Por su parte el artículo 779 del Código civil argentino dispone: "El pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar".

¹². Ver Felipe Osterling Parodi (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós), Obligaciones, en Biblioteca para leer el Código Civil, Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 158.

¹³. Ver "Curso..." citado, T. II, p. 240.

nosotros correlacionamos con disposiciones como las que están establecidas en el conocido artículo 1197, en virtud del cual las convenciones son tan obligatorias como la ley misma"¹⁴.

2) Elementos

Los requisitos que surgen del artículo 1265, primero del título que estamos estudiando, son:

1) Se extingue una obligación mediante el cumplimiento de una prestación distinta de la que era el objeto de la obligación.

2) Debe existir un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, que se explica desde el momento que el acreedor de ningún modo está obligado y el deudor no puede forzarlo a que le reciba una prestación por otra.

El primero de los efectos de la "dación en pago" es que pone fin a la relación obligatoria, que de esta forma queda extinguida como si se hubiese cumplido con la prestación originariamente debida.

Adelantamos, sin embargo, que al igual que sucede en el pago pueden presentarse problemas posteriores, si la prestación que se efectuó o la cosa que se entregó, presentasen defectos, de hecho o de derecho, que resulten perjudiciales al acreedor y justifiquen un reclamo. Volveremos luego sobre el punto.

Además, el acreedor debe "aceptar" o "recibir" -como dice el artículo 1265, la prestación que se le ofrece, distinta de la debida, y es menester que su actitud de "recibir" sea voluntaria, de manera que -por aplicación de los principios generales sobre legitimación para disponer- no podría aceptar la "dación" un incapaz, ni tampoco un representante del acreedor que careciese de poder especial para aceptar una dación, punto que estaba contemplado en el Código de 1936¹⁵, y sobre el cual se pronuncian de manera

¹⁴. Obra y lugar citados en nota anterior.

¹⁵. Ver el artículo 1277 del Código de 1936.

expresa otros cuerpos legales¹⁶.

Para que la dación en pago tenga lugar resulta indispensable que acreedor y deudor lleguen a un acuerdo sobre el punto, aceptando que la obligación se extinga con la ejecución de una prestación diferente a la que se debía.

3) **Distinción con la novación objetiva**

Para algunos autores, muy prestigiosos por cierto, la dación en pago equivale a la novación¹⁷.

Hay una forma de novación, la objetiva, en que se produce la sustitución del objeto de la obligación. Se dice, entonces, que en la dación en pago sucede lo mismo, porque al acreedor se le cumple con una prestación distinta de la que originariamente se convino.

Hasta se ha llegado a citar en el derecho argentino, en apoyo de esta posición, que combatimos, el artículo 801¹⁸, según el cual la novación es la transformación de una obligación en otra¹⁹. Pero, justamente, entendemos y afirmamos que no hay ninguna transformación ni modificación, ningún cambio. Lisa y llanamente la dación en pago provoca la extinción definitiva, total; no queda ni rastro de la obligación primitiva, no surgen ni siquiera las apariencias de una nueva obligación.

Lo que caracteriza la novación es, precisamente, que la obligación originaria o primitiva se extingue, pero se extingue mediante la creación de otra obligación distinta. En la novación por cambio de objeto, el vínculo jurídico entre acreedor y deudor se

¹⁶. Con relación a los incapaces podemos citar el artículo 307, inciso IV, del Código de Bolivia,; y con relación a la necesidad de poderes especiales de los representantes, el artículo 782 del Código civil argentino, y el artículo 1492 del Código uruguayo.

¹⁷. En el derecho peruano sustenta esta teoría Osterling Parodi (obra citada, p. 158).

¹⁸. De manera semejante en el derecho peruano Osterling Parodi invoca el artículo 1278 (obra citada, p. 158).

¹⁹. "Art. 801.- Código civil argentino).- La novación es la transformación de una obligación en otra".

modifica, porque es modificada la prestación, pero acreedor y deudor continúan ligados, continúan relacionados o vinculados para el futuro.

En la dación en pago nada de esto sucede; la obligación se extingue automática y definitivamente. Si al acreedor a quien se le adeuda una suma de dinero, el deudor le entrega un objeto, una cosa que no es dinero, y el acreedor la acepta y le otorga recibo de liberación, en ese momento queda extinguida la obligación. Esto significa que no ha surgido ninguna relación nueva.

En cambio, si se tratara de una novación, se crearía otra obligación; el deudor que estuviese obligado a pagar una suma de dinero se reuniría con el acreedor y ambos convendrían que en el futuro, en lugar de esa suma de dinero el deudor le haría entrega de una cosa. La obligación que era de dar una suma de dinero quedaría transformada en otra, que queda pendiente para el futuro, que vendría a consistir en la entrega de una cosa cierta, o en la obligación de dar una cosa incierta no fungible. Eso es novación y no dación en pago.

Daremos un ejemplo para concluir este punto. Supongamos que Juan le debe a Pedro una suma de dinero y al llegar el vencimiento lo busca y le propone que en lugar de darle esa suma de dinero que debía entregar, le da unos muebles, o unos libros; Pedro está conforme y acepta la entrega de esos bienes. Instantáneamente se extingue la obligación mediante la dación en pago. Lo mismo sucedería si él debiese un objeto y pagara con una suma de dinero, ¿quién le va a negar derecho a hacerlo?, es imposible negárselo.

Pero, finalmente, supongamos que Juan se compromete a entregar dentro de tres meses o un año una colección de libros, sea libros que ya posee, sea que debe encargarse de buscarlos y adquirirlos, y, con la conformidad de Pedro documentan una nueva obligación en lugar de la originaria; han reemplazado una obligación por otra; **eso es novación**, porque en reemplazo de la obligación antigua ha surgido una nueva.

En cambio, con la dación en pago no ocurre lo mismo; las partes se han limitado a extinguir la antigua obligación, sin que subsista ninguna relación jurídica entre ellos. Esto deseamos dejarlo

bien marcado, para que no haya equívocos.

4) Naturaleza jurídica.

Si no aceptamos que la "dación en pago" sea un convenio novatorio, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Mucho se ha dicho y escrito sobre el tema y nosotros, que no somos muy afectos a discutir sobre la naturaleza jurídica de las instituciones, sino que procuramos precisar cuáles son sus efectos prácticos, procuraremos reseñar brevemente las distintas posiciones que se han sostenido²⁰.

En primer lugar, y partiendo de la base de la necesidad del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, desde muy antiguo se ha estimado que era un contrato, que podía asimilarse por sus efectos a la compraventa. Esta postura, que según algunos hunde sus raíces en la opinión de juristas romanos de la época justiniana, es recogida en el medioevo y pasa luego al Derecho francés donde, antes de la codificación napoleónica ya la exponían Domat y Pothier, y con posterioridad Troplong y el belga Laurent. Con distintos matices es expuesta también por juristas españoles y alemanes.

La importancia de esta asimilación es que si se produce la pérdida de la cosa que se ha dado en pago, el acreedor gozará de las garantías por evicción y vicios redhibitorios.

Un jurista alemán, Blumenthal²¹, avanza diciendo que la dación sería una compraventa, si se entregase una cosa por dinero; una permuta, si en lugar de una cosa se entregara otra; o, un contrato innominado. en los restantes casos.

En definitiva, todas estas posiciones parten de la base de dar carácter contractual al acuerdo de voluntades, lo que a nuestro criterio no puede aceptarse, porque ese acuerdo no genera ningún tipo de obligaciones, sino que está única y exclusivamente destinado a

²⁰. El punto se estudia en detalle en el trabajo de Carlos R. Fernández Rodríguez sobre "Naturaleza jurídica de la dación en pago", Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1957-III, p. 753 y siguientes.

²¹. Citado por Fernández Rodríguez, a través de Römer. La obra de Blumenthal es: "Paucæ de datione in solutum". en Dissert. Jur., Gottingæ, 1830, II a VII.

extinguirlas.

Para superar las objeciones que se formulaban a la caracterización de la dación en pago como una compraventa, en la doctrina francesa posterior al Código Napoleón se genera una fuerte corriente que configura a la dación en pago como una novación objetiva. Se enrolan en ella autores como Demolombe, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Bonnecase y Josserand.

Esta posición se difunde también en Alemania, Italia y España; supera a las doctrinas anteriores, que asimilaban la dación en pago a la compraventa u otros contratos, pero nosotros la deseamos por las razones que hemos expuesto más arriba, ya que la dación se agota en su efecto extintivo, sin dar nacimiento a obligación alguna.

Un paso adelante lo dan quienes sostienen que la dación en pago es una simple modificación del objeto de la obligación, sin consecuencias novativas, es decir una especie de "novación impropia", ya que no traería como consecuencia la extinción de las garantías (fianzas, prendas, hipotecas); la explicación no resulta convincente.

Por último, hay quienes la consideran como una "modalidad del pago", que quizás sea lo que más se acerque a la realidad de las cosas.

A nuestro criterio la dación en pago, empleando la terminología del Código Civil argentino, es un "acto jurídico bilateral", que persigue como único fin jurídico la extinción de la obligación, mediante una prestación distinta de la convenida originariamente.

Es "acto jurídico", porque persigue un fin jurídico inmediato; es bilateral, porque requiere el acuerdo de voluntades de ambas partes involucradas; su "fin jurídico" es exclusivamente extintivo, porque no pretende generar una nueva obligación, sino extinguir la existente.

Pero, insistimos, a nuestro criterio, más que extendernos en sutiles disquisiciones sobre la naturaleza jurídica, lo importante es ver los efectos que el derecho otorga a esta institución. Y al decir el "derecho", entendemos por tal todo el plexo normativo, que no se agota en las leyes, sino que comprende también su aplicación en

la vida diaria y en las resoluciones judiciales, que completan la fisonomía del instituto.

5) Casos y normas aplicables

Quizás en este punto sea donde se presenta alguna falencia en la normativa del Código peruano de 1984, que ha prescindido de varios de los casos contemplados en el Código de 1936, y en el artículo 1266 ha mantenido sólo la vinculación con los efectos del contrato de compraventa, pero con una redacción poco feliz, tomada precisamente del artículo 781 del Código civil argentino²², Dispone la mencionada norma:

"Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas del contrato de compraventa".

Lo importante no es que se haya determinado el precio, sino que en caso de malograrse la cosa que se entregó en pago en virtud de la dación, serán aplicables las garantías de saneamiento por evicción²³ y vicios ocultos²⁴.

Nada dice el actual Código de lo que sucederá en la hipótesis de que la dación se hubiese satisfecho con la entrega de un crédito²⁵, problema que ha preocupado a más de un legislador. Vemos así que algunos se han limitado a decir que en tal caso la dación se regirá por las reglas de la cesión de créditos²⁶, pero lo realmente

²². "Art. 781 (Código civil argentino).- "Si se determinase el precio por el cual el deudor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa".

²³. Ver artículos 1491 y siguientes.

²⁴. Ver artículos 1503 y siguientes.

²⁵. El Código de 1936 tampoco contenía previsiones sobre el particular.

²⁶. Código civil argentino, artículo 780; Código uruguayo, artículo 1491, primer párrafo; Código de Brasil, artículo 997; Código de Bolivia, artículo 308; Código de Paraguay, artículo 598, segundo párrafo.

significativo es precisar qué sucede si el crédito cedido se malogra, por resultar insolvente el deudor: ¿en este caso surtirá efectos la dación?

El Código de Bolivia se inclina a resolver que cuando la dación consistió en la entrega de un crédito, sólo tendrá efectos desde el momento en que el crédito sea efectivamente cobrado²⁷; los demás, se conforman con su remisión genérica a las reglas de la cesión. En el derecho peruano, pese al silencio del nuevo Código, entendemos que son perfectamente aplicables las reglas sobre la cesión de derechos, y entre ellas el artículo 1212, que obliga al cedente a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pero no la solvencia del deudor.

Finalmente parece conveniente señalar que en estos casos, si por aplicación de las garantías de saneamiento, o la garantía propia de la cesión de derechos, la dación queda sin efecto, renacerá la obligación primitiva, pero no serán exigibles las fianzas, hipotecas o prendas que habían sido constituidas por terceros, y que quedaron extinguidas al operarse la dación.

²⁷. **Código de Bolivia:** "Art. 308 (**Cesión de crédito en lugar de la prestación debida**) Si en lugar de cumplir la prestación debida el acreedor consiente en ceder un crédito, la obligación se extingue cuando se ha cobrado el crédito, salva voluntad diversa de las partes".