

La dación en pago

J. M. FÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DACION EN PAGO. FUNCIONES DEL NEGOCIO Y DISTINCION CON OTRAS FIGURAS. 2.1. La finalidad solutoria de la dación en pago. 2.2. La dación en pago como negocio de garantía. 2.3. Dación en pago y fraude de acreedores. 2.4. Dación, contrato atípico y obligación facultativa. 2.5. Dación en pago y modificación objetiva de la obligación. 2.6. Compraventa y dación en pago. III. EL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL. 3.1. Contenido y alcance de la norma. 3.2. Fundamento. 3.3. Problemas prácticos y de aplicación. IV. LOS SUPUESTOS LEGALES DE RETRACTO. V. LA DISTRIBUCION DE RIESGOS EN LA DACION EN PAGO. VI. LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR. PERDIDA DE LA COSA POR EVICCIÓN Y OTROS SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL NEGOCIO. VII. CONCLUSION: LA CONFIGURACION JURIDICA DE LA DACION EN PAGO. 7.1. Los rasgos característicos del negocio. 7.2. Causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio de dación en pago.

I. INTRODUCCION

La dación en pago es un negocio de renovada actualidad. En campos aparentemente alejados de la figura, como es el de las operaciones societarias, ha entrado en juego la *datio in solutum* para calificar la denominada «reversión de dividendos» (1). Se trata de dar salida a la

(1) A este propósito ver la reciente polémica entre PAZ-ARES («La llamada "reversión de dividendos"», *RGD*, oct-nov., 1992, pp. 10079-10109) y SÁNCHEZ ANDRÉS («Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», *RGD*, mayo, 1993, pp. 4701-4760).

autocartera de las sociedades por vías distintas a las ordinarias. De otra parte, no se puede desconocer que en épocas como la presente de crisis económica se hace necesario habitualmente recurrir a fórmulas de pago de las deudas distintas al estricto cumplimiento. La insuficiencia o iliquidez patrimonial del deudor impone la búsqueda de soluciones alternativas al pago. Aquí tiene su ámbito de juego más extendido la dación en pago. Por eso, convendrá recordar que si el negocio carece de tipicidad normativa, sí tiene, en cambio, una remarcada tipicidad social (2).

La dación en pago, con todo, es un negocio encaminado esencialmente a la extinción de la obligación. Podrá calificarse como una operación transaccional pactada por acreedor y deudor para dar *solución* a la deuda y que intervendrá ordinariamente en el mismo momento del vencimiento de la obligación. Este enfoque de la operación como instrumento solutorio, ha determinado que los problemas abordados giren en torno a los remedios de que dispone el acreedor para la tutela de su crédito. Ahora bien, como extinción anormal de la obligación, no puede dejarse de ver en la dación en pago un «pago sospechoso». Bajo este punto de vista, habrá de prestarse especial atención a los fines irregulares o atípicos que en la práctica persiguen las partes con la dación en pago. Por ejemplo, es relativamente frecuente que el negocio tenga una función de garantía para el acreedor o que se encubra el ocultamiento de bienes del deudor respecto a su conjunto de acreedores. Las diversas funciones de la dación en pago en la práctica han de tenerse presentes para afrontar con un talante realista los perfiles conceptuales del negocio.

Junto a la señalada atipicidad normativa del negocio, que hace imprescindible la remisión al Derecho Comparado, creo que gran parte de los estudios que se han dedicado a la dación en pago adolecen de un doble defecto de partida. En primer lugar, se acarrea un lastre histórico: identificación de la dación con el supuesto habitual de transmitir la propiedad de una cosa a cambio de una deuda dineraria. El presupuesto hace inadecuadas o inútiles muchas de las soluciones que se dictan. El segundo defecto es de carácter metodológico. Los estudios están presididos, tomando como base la falta de una regulación positiva, por la preocupación de asimilar la figura a un negocio típico para trasladar analógicamente sus soluciones a la primera. Esta forma de proceder siempre encierra un círculo vicioso.

(2) JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*, Madrid, 1953, pp. 34 y 38. Aparece expresamente regulada la dación en pago en la Ley 495 de la Compilación foral de Navarra: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

El camino propuesto en el presente estudio es justamente el contrario. Se describen primeramente las diversas funciones que las partes se proponen al convenir la dación en pago. Cita inexcusable para tal finalidad es el análisis de la jurisprudencia. A continuación se examinan las principales referencias normativas que contiene nuestro ordenamiento en relación a la dación en pago. Se trata de observar los efectos jurídicos que se desprenden del pacto de dación y los presupuestos conceptuales sobre los que se asienta el negocio. Por fin, se abordan los distintos problemas e irregularidades que pueden plantearse en el negocio, tanto cuando el *aliud* (prestación convenida en pago) consiste en un dar, como en un hacer o no hacer.

El estudio está orientado desde un talante eminentemente práctico, sin caer, en la medida de lo posible, en excesivos dogmatismos. Creo que éste es un buen criterio para el análisis de figuras negociales sin tipicidad legal y cuando se pretende dar soluciones razonables y ajustadas a los intereses perseguidos por las partes.

II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DACION EN PAGO. FUNCIONES DEL NEGOCIO Y DISTINCION CON OTRAS FIGURAS

Que el análisis de la dación en pago se inicie con un estudio jurisprudencial tiene un doble propósito. De un lado, averiguar las funciones que tal negocio cumple habitualmente en la práctica y los fines que las partes pretenden conseguir cuando lo acuerdan. De otro y con base en lo anterior, distinguir la dación de operaciones que, bien por su estructura, bien por su finalidad, pueden estar próximas. De este modo se destacan las notas configuradoras del negocio. El método elegido consiste en centrarse en aquellas sentencias que resultan clarificadoras de los objetivos perseguidos.

2.1. La finalidad solutoria de la dación en pago

Los supuestos de las SS. TS. de 14 de septiembre de 1987 y 19 de octubre de 1992 son similares. Para poner fin a la suspensión de pagos de la entidad deudora, se aprueba un convenio entre la suspensa y sus acreedores por el cual la primera pone a disposición de los segundos todos sus bienes para que éstos los apliquen a la extinción de las deudas que pesan sobre la deudora. En ambos casos, la finalidad es liquidar el pasivo de la deudora, en ambos, también, se arbitra un procedimiento alternativo al estricto cumplimiento de las obligaciones, pero con efectos idénticos. Sin embargo, las consecuencias jurídicas derivadas de uno y otro convenio son bien dispares.

En el caso de 14 de septiembre de 1987 «RG» y «SR» (recurrentes) son fiadores solidarios de las deudas contraídas por «ETASA» con el banco «V». Este dirige sendos procedimientos ejecutivos contra los fiadores, resultando condenados al pago de una cantidad de dinero en sentencias de 4 y 10 de mayo de 1982. El 2 de octubre del mismo año se dictó Auto aprobando el convenio de la suspensión de pagos de «ETASA». En dicho convenio se establece básicamente: 1.º la deudora se obliga a pagar todas sus deudas en el plazo de 30 días, 2.º en caso contrario, la comisión interventora de la suspensión, constituida desde el día de la aprobación del convenio, procedería a la enajenación y liquidación del total del activo de la suspensa, renunciando las acreedoras a reclamar las diferencias que pudieran existir entre lo que percibieran y el nominal de sus créditos. El convenio no llegó a cumplirse.

«RG» y «SR» demandan al banco «V» pidiendo que le sea devuelto lo obtenido en los ejecutivos, dado que su responsabilidad como fiadores había quedado extinguida por el acuerdo alcanzado en el convenio. En Primera Instancia se desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia anterior. Recurrída en casación la sentencia por los fiadores, el TS declara no haber lugar al recurso.

Las razones del TS para desestimar el recurso son dos. En primer lugar, que «del Convenio celebrado por los acreedores y ETASA se desprende sin el menor esfuerzo que lo propuesto por la suspensa y aprobado por los acreedores fue una simple cesión de bienes *«pro solvendo»*, carente de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación propios de la dación en pago o *«cesio pro soluto»* Se ha de tener en cuenta, además, que el acuerdo de no reclamar los acreedores lo que se les debe se configura en el caso presente, no como una condonación entendida como medio de extinción de las obligaciones, sino como un supuesto de *«pactum de non petendo»* (3). En segundo lugar, que para que se hubiera extinguido la responsabilidad de los fiadores, al menos parcialmente, era condición necesaria la ejecución del convenio, circunstancia que no consta.

El origen de la S. TS de 19 de octubre de 1992 (4) está en la tercera de dominio interpuesta por la comisión de acreedores de la suspensa «B. Industrias de la Construcción, S. A.», frente al embargo a favor del M.º de Economía y Hacienda de varios bienes de la masa activa. Los embargos causaron asiento de presentación en el Registro de la Propiedad el 11 de marzo de 1981 (Finca «A») y el 30 de enero de 1982 (Finca «B»). El Auto que aprobó el convenio era de 12 de marzo de 1981.

(3) Cfr. SERNA MEROÑO: «Comentario a la sentencia de 14 de septiembre de 1987», *CCJC*, n.º 15, 1987, pp. 4993 y ss.

(4) GUTIÉRREZ SANTIAGO: «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», *CCJC*, n.º 30, 1992, pp. 905 y ss.

En el convenio se pactaron las siguientes cláusulas: art. 3.— Los acreedores aceptan en pago de la totalidad de sus créditos unas determinadas fincas propiedad de la suspensa (entre ellas se encontraban las dos embargadas); art. 5.— La cesión tiene plenos efectos desde la aprobación del convenio, desde cuyo momento la Comisión nombrada se hará cargo de todas las fincas cedidas en pago por «B. Industrias de la Construcción, S.A.», con plena facultad de disposición de las mismas, sirviendo el presente convenio como mandato para la realización de los bienes conferido por la masa de acreedores a la Comisión; art. 7.— La Comisión hará pago a los acreedores con lo obtenido de la liquidación; de no obtenerse líquido suficiente para el pago de la totalidad de los créditos, se repartirá el producto de la realización a prorrata de sus respectivos créditos, cualquiera que fuese el porcentaje que quedase por percibir con relación a los créditos, constituye quita y renuncia que otorgan los acreedores a «B. Industrias de la Construcción, S.A.»; si el importe de la liquidación arroja un sobrante después de pagados todos los créditos reconocidos, su monto se prorrateará entre todos los acreedores, en concepto de compensación por la demora en el pago.

La tercería de dominio interpuesta por la comisión de acreedores es estimada por el Juzgado de Primera Instancia y su sentencia confirmada por la Audiencia. El Abogado del Estado interpone recurso de casación. El TS. casa la sentencia y desestima la tercera de dominio.

El TS rechaza el primero de los motivos del recurso presentado por el Abogado del Estado. Entendía éste que en el convenio se había pactado una cesión de bienes, con mera eficacia *pro solvendo*, y por tanto no implicaba la transmisión de la propiedad de las fincas a los acreedores. Acertadamente el TS., confirmando las sentencias de instancia en este aspecto, caracteriza el contenido del convenio como una dación en pago: «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular». Sin embargo, sí acoge el segundo de los motivos alegado por el recurrente. Es requisito indispensable de la tercería de dominio que el tercerista halla adquirido la propiedad de los bienes con anterioridad a la fecha de embargo. El Auto judicial de aprobación del convenio tiene valor de entrega o *traditio* por aplicación analógica del valor conferido a la escritura pública en el art. 1462. C.C. Y consta que, al menos, uno de los asientos de presentación del embargo es de fecha anterior (11 de marzo de 1981) al Auto de aprobación judicial del convenio (12 de marzo de 1981)).

No es éste el momento de entrar a valorar la doctrina jurisprudencial contenida en ambas sentencias. Basta por ahora señalar que el ámbito de aplicación práctica más frecuente de la dación en pago es en las situaciones de insuficiencia patrimonial del deudor. El objetivo perseguido es la liquidación de las deudas a través de la realización de una prestación distinta a la prevista. Los primeros problemas prácticos son su precisa distinción de la cesión de bienes a los acreedores (art. 1175 C.C.).

Existe una doctrina jurisprudencial consolidada donde a nivel teórico se destacan claramente las diferencias de ambas operaciones (5). En la *datio* hay una transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor con la inmediata consecuencia de extinción de la obligación (6). En la cesión el deudor sólo transmite la posesión de los bienes a los acreedores, con el mandato de proceder a su venta y aplicar el importe de lo obtenido a la satisfacción de los créditos. Salvo pacto en contrario, la cesión sólo produce la liberación del deudor por el «importe líquido de los bienes cedidos». También es un principio consolidado jurisprudencialmente, que el Auto de aprobación del convenio tiene un valor traditorio idéntico a la escritura pública, por aplicación analógica del art. 1462.2 C.C. (7)

Como acertadamente se ha dicho (8), la dación en pago es un medio extintivo de la obligación al margen del cumplimiento, la cesión no es sino un instrumento preparatorio para el cumplimiento. En la *datio* la extinción de la obligación se produce por la ejecución de una prestación distinta. En la cesión, la extinción es el resultado de aplicar el importe de lo obtenido al cumplimiento de la obligación. Por eso, mientras la dación tiene una inmediata eficacia extintiva, la cesión sólo es diferida y en la medida del importe líquido de los bienes.

El criterio práctico de distinción entre cesión y dación parece haberlo encontrado la jurisprudencia en la existencia o no en el convenio del pacto en contrario al que alude el art. 1175 C.C. Así, la S. TS de 9 de diciembre de 1943 establece: «... es incompatible con el concepto de la adjudicación en pago la prevención de que si el producto de los bienes hipotecados resultare remanente, lo harán suyos los accionistas de la parte deudora...» El mismo criterio se reafirma en las SS. TS de 3 de enero de 1977 (9) y 13 de febrero de 1989 (10), entre otras. No obstante,

(5) SS.TS. 11 de mayo de 1912, 9 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 16 de diciembre de 1956, 14 de diciembre de 1965 y 16 de diciembre de 1966 (Cont. Advtv.), 1 de marzo de 1969, 26 de octubre de 1970, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 5 de junio, 9 de julio y 5 de octubre de 1987, 26 de mayo y 23 de septiembre de 1988, 13 de febrero y 15 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1993.

(6) Sobre las distintas teorías que explican la relación jurídica entre deudor y acreedores en virtud del negocio jurídico de cesión puede verse un resumen en BERCOVITZ, R. «Comentario al artículo 1175 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, dir. por PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1993, pp. 242-247.

(7) SS.TS. 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992.

(8) *Cfr.* FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *ADC*, 1957, enero-marzo, pp. 753 y ss.

(9) BERCOVITZ-VALLADARES en el comentario a esta sentencia parece inclinarse por considerar el supuesto como cesión, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991, pp. 270-271.

(10) GIL RODRÍGUEZ entiende que es un caso de cesión de bienes, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, pp. 227 y ss.

cuando existe dicho pacto no queda claro, por su sola existencia, si el convenio implica cesión de bienes o dación en pago. Por ejemplo, en la S. TS de 7 de diciembre de 1983 no hay inconveniente para que pactada la renuncia por los acreedores a la parte de los créditos no satisfecha por la liquidación, se entienda que se está ante una cesión de bienes; idéntico pacto se establece en el caso de 19 de octubre de 1992, en cambio, se califica el acuerdo como dación en pago. La misma existencia del pacto podría hacernos pensar más en un caso de cesión que de *datio*, ya que en ésta la extinción de la obligación queda al margen de la valoración del bien (11) o el producto líquido obtenido en su enajenación (12).

Tampoco debe existir inconveniente a que la dación en pago opere como extinción parcial de la deuda, si así lo pactan las partes. Esta circunstancia no debe llevar a confundir ambas instituciones. A mi entender, este supuesto fue lo convenido por las partes en la S. TS de 5 de junio de 1987: en pago parcial de la deuda el acreedor acepta del deudor un inmueble valorado en cuatro millones de pesetas (13).

Considero criterio más acertado que el anterior a efectos de distinguir ambos negocios, la existencia o no de poder o mandato del deudor a los acreedores para proceder a la enajenación del activo (14). Tratándose de un *datio* dicho mandato no tiene sentido y es inútil; el acreedor o acreedores para nada necesitan poder especial cuando ya son propietarios (15). En este sentido la sentencia de 7 de diciembre de 1983 establece: «...en el supuesto que nos ocupa no se ha producido una transmisión del dominio de los bienes del suspenso a los acreedores, sino simplemente una puesta en posesión de los mismos para proceder a su venta, en virtud de los poderes otorgados a tal fin a la Comisión liquidadora». Tal criterio resulta decisivo en el caso de 19 de octubre de 1992, aclarando el TS.: «... siendo de observar que la Comisión nombrada en el Convenio para la enajenación de los bienes y reparto del producto líquido obtenido entre los acreedores actúa como mandataria de éstas y no del deudor suspenso...» (16). En caso de duda, habrá

(11) Dicha circunstancia ha sido destacada por la S. TS. de 5 de octubre de 1987, donde se establece que en la *datio* es intrascendente el valor del bien para que surta efectos extintivos, a diferencia de la cesión.

(12) En este sentido parece inclinarse GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», p. 917.

(13) El TS., más por criterios de equidad, considera el caso de cesión. Admiten una dación en pago parcial de la deuda las SS. TS. de 13 de mayo de 1983 y 29 de abril de 1991.

(14) Igual BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentario*, XVI-1.º, pp. 270-271.

(15) GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 242.

(16) GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», pp. 918-919.

de optarse por la cesión de bienes, como institución común y situación menos gravosa para el acreedor (17).

Deben destacarse dos consecuencias más del concepto de dación en pago como negocio con inmediata eficacia extintiva de las obligaciones. Desde este presupuesto puede explicarse coherentemente, como más adelante veremos, la regla sancionada por el art. 1849 C.C. para los fiadores, que determina su liberación. Como ha puesto de relieve la S. TS de 26 de mayo de 1988, el acreedor aceptando un «acto que suponiendo pago del crédito, viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la satisfacción de la deuda (art. 1849)». Norma que no tiene aplicación cuando se trata de una mera cesión de bienes (18).

La idea de extinguir una obligación preexistente que preside todo el negocio y debe condicionar sus efectos, debe servir de punto de partida para distinguir la dación de otros contratos. De esta forma, no ha tenido ningún problema el TS para calificar el contrato de compraventa celebrado por las partes como dación en pago cuando la transmisión de la propiedad por el supuesto vendedor obedecía únicamente a satisfacer una previa deuda contraída con el comprador (entre otras, S. TS 4 de septiembre de 1992).

2.2. La dación en pago como negocio de garantía

Junto a la específica finalidad solutoria de la dación en pago, existen un conjunto de casos jurisprudenciales donde cabe sospechar que el propósito práctico perseguido por las partes es la constitución de una garantía indirecta y atípica. Es evidente que la idea de pago y garantía se autoexcluyen. No obstante la evidencia, el TS con excesivo conceptualismo y apego a la literalidad de los contratos, en ninguno de los casos ha reconocido la finalidad garantística de la dación en pago. Dicho reconocimiento debería implicar, al menos, destruir el efecto transmisorio de la propiedad cuando ésta tiene función de garantía y dotar de una protección mínima al deudor (constituyente) garantizado (pacto comisorio).

En el caso de la sentencia de 7 de enero de 1.944 don José P. B. había reconocido en escritura pública una deuda de 50.000 ptas. en favor de don José M.^a. Posteriormente, en documento privado y con la finalidad de asegurar el pago de la deuda (según expresamente se declara),

(17) Así, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, II (trad. por W. Rocés), Madrid 1934, p. 14; GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 243; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990, p. 208.

(18) En este sentido, puede observarse la S. TS. 15 diciembre 1989, aunque el caso es complejo.

el deudor y su hermano ceden en «pago condicional» de la deuda una maquinaria al acreedor. Se establece a favor de los cedentes un derecho de retracto cuyo precio de ejercicio era de 50.000 ptas. y el arrendamiento de la maquinaria durante el período de vigencia del contrato. Las partes señalan que la cesión era *revocable si* el deudor pagaba al acreedor en los plazos y condiciones convenidos. No habiéndose pagado la deuda y transcurrido el plazo del retracto, el acreedor reclama la resolución del arrendamiento y la entrega de los bienes. El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda por entender que la única finalidad del negocio era amortizar la deuda y no la transmisión de la propiedad. El TS casa la sentencia.

En el caso de 10 de junio de 1959, don «M.C.N.» cede en pago de una deuda de 26.400 ptas. la mitad de una casa de su propiedad a don «J.F.R.». A tal efecto otorgaron el 30 de octubre de 1946 escritura pública de cesión, con pacto de retro por dos años y subsiguiente arrendamiento, por precio de 1.320 ptas. anuales. La otra mitad de la casa la vendió a don «M.B.T.» y don «M.N.P.» por precio de 20.000 ptas., conviniéndose también pacto de retro por 5 años y arrendamiento por 1.000 ptas. anuales. El 30 de octubre de 1948 don «J.F.R.» vende en escritura pública a don «M.B.T.» y don «M.N.P.» la mitad de la finca que se había adjudicado en pago. Se fija como precio el importe de la deuda pagada, 26.400 ptas., y los compradores abonan al vendedor 2.640 ptas. en concepto de rentas insatisfechas por el arrendatario. En la escritura interviene don «M.C.N.», quien pacta con los compradores la prórroga por tres años más del plazo del retracto y la continuación del arrendamiento por el mismo período. El retrayente para el ejercicio de su derecho debía abonar a los actuales propietarios además del precio de la venta, las 2.640 ptas. abonadas por estos últimos a don «J.F.R.». Transcurrido el plazo del retracto don «M.B.T.» y don «M.N.P.» inscribieron el dominio de la finca a su nombre en el Registro de la Propiedad, en fecha de 21 de abril de 1952.

Don «M.C.N.» interpone demanda solicitando que se declare la simulación relativa de los contratos de adjudicación en pago y venta, ya que encubrían auténticos préstamos; alega que ambos negocios son meras operaciones fiduciarias o de garantía (lo que es reconocido por uno de los demandados), carentes de valor transmisivo de la propiedad de la finca, cuya titularidad había de reconocerse y declararse en favor del demandante. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. El TS rechaza el recurso de casación planteado por el demandante.

En la sentencia de 14 de octubre de 1960 el actor reconoció adeudar al demandado una determinada cantidad de dinero, comprometiéndose a satisfacer la deuda con cargo a bienes de su propiedad. A tal efecto otorgaron escritura pública de venta el 21 de marzo de 1950, por la que el primero vendía al segundo un conjunto de bienes por un precio simbólico. El mismo día suscribieron un documento privado en el

que, después de reconocer la deuda y convenir que el deudor pagaría dicha suma con cargo a bienes de su propiedad, para cuya efectividad había otorgado escritura de venta, pactaron que el demandado (acreedor) vendía al actor (deudor) los bienes descritos en la escritura por el precio importe de la deuda, que se aplazaba hasta el 21 de marzo de 1955.

El actor solicita la nulidad de la escritura, al no tener otra finalidad la venta o dación en pago que la de garantizar al acreedor con la transmisión de la propiedad. El Juzgado rechaza la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el actor.

En los tres casos cabe sospechar que la finalidad perseguida por las partes a través de la dación en pago es, más que extinguir una obligación preexistente, garantizar al acreedor. La transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor provocada por la dación asegura absolutamente el cobro del crédito frente a terceros acreedores del deudor común. Posiblemente los retractos pactados en dos de los casos y la venta con precio aplazado, estipulado en documento privado en el último, no obedezcan sino al período de vencimiento de los préstamos o a la prórroga de la deuda reconocida. Y cuando el propósito es garantizar una obligación es porque ésta no ha quedado extinguida, independientemente de que lo formalmente pactado sea una dación en pago. De ser esto así, la dación en pago entraría dentro de la categoría de los negocios fiduciarios. La titularidad del bien dado en pago en manos del acreedor no tiene otro fin sino asegurar el cobro del crédito y crear una apariencia frente a terceros, pero, en ningún caso, al amparo de tales negocios puede producirse la transmisión real de la propiedad con fines de garantía. Que estemos ante daciones en pago en las que se concede al deudor una facultad de rescate o ante un negocio fiduciario es cuestión probatoria.

En los tres casos el TS rechaza la argumentación de los deudores de ser la dación en pago una operación fiduciaria con la única finalidad de garantía. De un lado, se contraargumenta con la claridad de los términos literales de los contratos, sin que se pruebe que lo perseguido por las partes era cosa distinta a lo expresamente pactado. De otro, se alude a que «es inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda porque el que paga no garantiza sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho» (SS. 7 de enero de 1944 y 14 de octubre de 1960).

Sería conveniente tender a superar el excesivo conceptualismo y entrar a valorar el objetivo real perseguido por las partes en la contratación. Por encima del *nomen* dado a los negocios ha de reconocerse la finalidad socioeconómica que se pretende. A ello han de cooperar las partes con suficientes medios de prueba.

Esta utilización anómala de la dación en pago plantea dos tipos de problemas, comunes a la transmisión de la propiedad con función de garantía. En primer lugar, dado el sistema causalista del Derecho español, el negocio es inhábil para transmitir la propiedad. Por mucho que las partes lo pretendan la dación en pago con finalidad de garantía no puede servir de causa justa y suficiente para transmitir el dominio al acreedor. En segundo lugar, reconocida la función de garantía, es necesario preservar al deudor (constituyente de la garantía) de la tutela que le presta la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 C.C.). Un problema de este tipo se presentó en la S. TS de 25 de mayo de 1971. El asunto quedó frustrado al no poder entrar a valorar tal cuestión el TS en casación, ya que el pacto comisorio no se había alegado por el recurrente en la demanda (19). Creo, además, que no deben quedar afectados por la prohibición del art. 1859 C.C. los pactos comisorios establecidos con posterioridad a la constitución de la garantía (20). No hay ninguna duda de que la dación en pago del bien objeto de la garantía pactada al vencimiento de la obligación garantizada (o antes de ésta, pero posteriormente a la constitución de la garantía) no entra dentro de la *ratio* del art. 1859 C.C. (21)

2.3. Dación en pago y fraude de acreedores

La dación en pago es utilizada en ocasiones con claro ánimo defraudatorio. Con el negocio se persigue poner fuera del alcance de los acreedores bienes propios del deudor o favorecer a uno de ellos en perjuicio de los restantes. La extinción de la obligación a través de una prestación distinta de la prevista convierte a la dación en un pago sospechoso (22). Este carácter sospechoso del pago encuentra frecuentemente reflejo normativo en las legislaciones concursales. Se establecen normas expresas declarando la inoponibilidad a la quiebra de los pagos efectuados por el deudor mediante tal operación (23).

(19) El mismo día de la constitución de la hipoteca se otorgó por acreedor y deudor documento privado por el cual el segundo cedía en pago al primero la finca hipotecada en caso de que al vencimiento de la deuda ésta quedara insatisfecha. El deudor alegó en el Recurso de Casación el art. 1859, pero el TS., correctamente, no entró a estimarlo por la extemporaneidad de la alegación. Sobre dación en pago y pacto comisorio puede verse también la S. TS. 25 de septiembre de 1986.

(20) En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, XXII, Madrid, 1990, pp. 459 y ss.

(21) Un supuesto como éste puede contemplarse en la S. TS. de 6 de marzo de 1954.

(22) Cfr. LEOTY, «La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?», *RTDC*, 1975, pp. 12 y ss.

(23) Arts. 880.3.º C. de Comercio, 190.2 Anteproyecto Concursal del 83, 107.4.º Ley francesa del 85, 67.2.º *Legge fallimentare*, 158 Ley portuguesa de 23 de abril de 1993.

Las SS. TS de 29 de noviembre de 1958 y 20 de febrero (R. 1347) y 22 de junio de 1967 recogen supuestos de tal naturaleza. La mecánica en los tres casos es idéntica: transmisión de bienes en pago de una deuda inexistente. Son casos de simulación absoluta del negocio y, por tanto, nulos de pleno derecho. La transmisión no puede operar, ni en favor del acreedor aparente (S. 29 de noviembre de 1958), ni en perjuicio de los terceros acreedores del deudor (S. 22 de junio de 1967).

El TS a propósito de tales sentencias no ha tenido inconveniente en reconocer que a la dación en pago le es aplicable en particular el art. 1276 C.C. (causa falsa), así como la normativa general de los contratos (SS. 20 de febrero y 22 de junio de 1967). En consecuencia, los acreedores dispondrán, en última instancia, de la acción de rescisión por fraude (arts. 1291.3.º y 1111 C.C.) para la protección de sus créditos. En este sentido, la S. TS de 4 de septiembre de 1992 es ilustrativa. De un lado, confirma la necesidad de que la dación en pago ha de estar asentada en una causa verdadera y lícita, en referencia a la existencia de una obligación previa. De otra, establece que de reputarse la dación fraudulenta (notable desproporción entre el valor de la deuda y la prestación realizada / subsiguiente insolvencia del deudor), los restantes acreedores del deudor disponen de acciones apropiadas para dejar sin efecto el negocio realizado en perjuicio de sus derechos.

La obligación preexistente que justifique la transmisión patrimonial ha de ser tenida en cuenta, además, para adecuar los remedios que el acreedor tiene frente a una pérdida por evicción de la cosa dada en pago. Es una frecuente generalización doctrinal (24) y jurisprudencial (25) definir la dación en pago como contrato oneroso de enajenación. El carácter oneroso o gratuito de la dación y por tanto los posibles remedios a disposición del acreedor, han de perfilarse en atención a la onerosidad o no de la relación obligatoria subyacente (26). En este sentido, es necesario atender a que la dación es siempre un contrato de ejecución que encuentra su causa en una previa obligación (27), como instrumento de ejecución de la misma. Por lo tanto, los efectos de la dación en pago vendrán condicionados por la caracterización de la obligación que se persigue extinguir.

(24) Entre nosotros, así, por ejemplo, LATOUR, «Notas sobre la dación en pago», *RDP*, 1953, p. 632.

(25) SS. TS. 20 de febrero de 1967 y 15 de diciembre de 1989.

(26) Del mismo modo, entre otros, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1989, pp. 321-322.

(27) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, II, Madrid 1993, p. 555.

2.4. Dación, contrato atípico y obligación facultativa

Normalmente el acuerdo de dación en pago obedece a las dificultades o irregularidades patrimoniales sufridas por el deudor al momento del vencimiento de la obligación. El acreedor acepta, con efectos extintivos de la deuda, una prestación distinta de la prevista. Esta es la nota distintiva de la dación: acuerdo entre acreedor y deudor para dar satisfacción al crédito del primero a través de un *aliud*. La realización de una prestación distinta acerca el negocio a todos aquellos pactos que implican una modificación objetiva de la obligación (acuerdo novatorio, modificación simple del contrato, obligación facultativa). Sin embargo, antes de abordar estos problemas, es preciso distinguir la dación en pago de los contratos atípicos o con prestaciones distintas de las tipificadas normativamente.

Este era el caso de la S. TS de 4 de octubre de 1989. «PROALSA» y «RS» (arquitecto) convienen un arrendamiento de obra por el cual el segundo se compromete a la ejecución de un proyecto de edificación de determinados pisos, estableciendo que la contraprestación será parte en dinero y el resto en la transferencia de la propiedad de varios de los pisos construídos. «LSO» compra a «RS» algunos de estos pisos. En el contrato de compraventa interviene «PROALSA», quien asume el deber de entregar las llaves y otorgar las escrituras a favor de «LSO» o persona que éste designe.

«LSO» demanda a «RS» y «PROALSA» para que entreguen las llaves y otorguen las escrituras de venta. El Juzgado admite íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial revoca parcialmente la sentencia y condena únicamente a «PROALSA». Se alude en la sentencia a que el primer contrato ha de calificarse como dación en pago y que la compraventa posterior novó la primera relación al provocar el cambio del deudor respecto al pago de los honorarios del arquitecto. Recurrida la sentencia por «LSO», el TS. estima el recurso y confirma íntegramente el fallo del juzgado.

El TS, con buen criterio, desestima tanto la calificación del contrato como dación en pago, como el efecto novatorio de la compraventa. Respecto a lo primero, que es lo que nos interesa, la doctrina sentada por el Tribunal es la siguiente: «... la dación en pago ... se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste... es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido... el elemento fundamental de la dación en pago consiste en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto a la prestación prefigurada, es decir, algo distinto a lo inicialmente

previsto» (28). De ahí que el TS concluya que habiéndose pactado el pago del precio parte en dinero y el resto en la transferencia de la propiedad de determinados pisos, no ha habido variación de la prestación inicialmente prevista en el contrato, circunstancia ésta que impide calificar el convenio como dación en pago.

En el caso lo que se demandaba por «LSO» era el estricto pago, con las características propias de exactitud e integridad exigidas por los arts. 1166 y 1169 C.C. Lo determinante para entrar en la órbita de la dación es la aceptación por el acreedor de una prestación distinta a la inicialmente concluida con finalidad solutoria. Ahora bien, que el deudor esté autorizado a cumplir con una prestación diferente a la establecida en la obligación, no debe llevar a confundir la dación en pago con la obligación facultativa.

A este respecto un interesante caso es el planteado por la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936. El deudor había reconocido en escritura pública adeudar al acreedor 5.000 ptas. y se comprometía a pagarlas en el plazo de un año. Si en dicho plazo no se satisfacía la deuda, se entendería prorrogado el plazo hasta que el acreedor requiriera notarialmente el pago, disponiendo en ese caso el deudor de tres meses para pagar. Si transcurridos los tres meses no se hubiera satisfecho la deuda, se entenderían adjudicadas en pago determinadas fincas, dando el acreedor carta de pago por la totalidad.

El registrador denegó la inscripción por entender que la escritura contenía una obligación futura de transmitir el dominio. El notario recurrió y el Presidente de la Audiencia revocó la nota del registrador. La DGRN revocó el Auto apelado con base en dos argumentos: 1.º Que la escritura no contenía una relación jurídica con transcendencia real, sino una obligación facultativa —*una res in obligatione et altera in facultate solutionis*— según la cual el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o dando en pago determinadas fincas. 2.º Que el art. 18 del Reglamento (actual art. 9) declara que «no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble».

Creo que la resolución es adecuada en cuanto a que la escritura contenía una mera obligación condicional de transmitir y no una transmisión actual del dominio sujeta a condición (29). Pero no se puede compartir el primero de los argumentos esgrimidos por la DGRN, que equipara la dación en pago a la obligación facultativa. Entre otras razones, porque no quedaba a facultad del deudor extinguir la obligación pagando lo adeudado o transmitiendo la propiedad de los inmuebles. Esto último se le imponía una vez transcurridos los plazos previstos en la escritura.

(28) Idéntica doctrina se repite en la S. TS. 29 de abril de 1991.

(29) Sobre el particular y la crítica a tal argumentación ver FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 789-790.

No comparto la extendida tendencia doctrinal a equiparar dación en pago con obligación facultativa (30). Para este sector la distinción entre uno y otro pacto vendría dada por el momento de convenirse. Así, será obligación facultativa cuando el deudor está facultado para liberarse de la obligación, a través del cumplimiento de una prestación distinta, en el momento de constituirse la obligación; por contra, estaremos ante dación en pago si tal poder se le otorga posteriormente o en el vencimiento (31). El momento de conclusión del pacto es irrelevante para la calificación jurídica. Por ejemplo, en la S. TS de 26 de octubre de 1972 no tiene duda el Tribunal en calificar el negocio como dación en pago, no obstante concluirse en el instante mismo de la obligación (32). No debe haber inconveniente para que la obligación facultativa, sin perder dicha calificación y su particular régimen de efectos, se concluya con posterioridad al perfeccionamiento de la relación obligatoria.

Tampoco considero convincente el criterio según el cual en la obligación facultativa el cambio efectivo del contenido de la prestación opera por voluntad unilateral del deudor (en su caso, del acreedor), mientras que en la dación en pago se exige la participación de ambas voluntades (33). Este razonamiento lleva implícita la consideración de que la dación en pago introduce una modificación objetiva de la relación obligatoria. Me parece más exacto, en cambio, atender a que quienes concluyen la dación en pago no pretenden modificar, sino extinguir, con la ejecución de una prestación distinta, la obligación. Creo, por tanto, que la dación no puede quedar subsumida en un acuerdo modificativo del contrato.

La distinción entre ambos pactos queda clara si atendemos a su régimen de efectos (34). En la obligación facultativa, usualmente convenida en favor del deudor, queda a voluntad de éste liberarse ejecutando la prestación *in obligatione* o realizando aquélla *in facultate solutionis*.

(30) Aceptan tal equiparación: para Francia, GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, París, 1980, pp. 105 y ss.; para Italia, CARRESSI, *Il contratto*, II, *Trattato* CICU-MESSINEO, Milán, 1987, p. 895; para España, LATOUR, «Notas», pp. 635-636.

(31) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII (Trad. por E. Dato), Madrid, 1912, p. 344; VATTIER, «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», *RDP*, 1982, p. 662.

(32) El supuesto era el siguiente: los actores habían suscrito un contrato con los demandados por el cual se comprometían a pagar las deudas de los segundos y éstos a cambio otorgaban escritura de dación en pago de la transmisión de varios pisos a favor de los primeros.

(33) Así, MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Consideraciones sobre la dación en pago», *RCDI*, 1987, pp. 977 y ss.; VATTIER, «Contribución», p. 662.

(34) Para tal distinción véase DI MAJO, *Adempimento in generale, Commentario del Codice Civile*. SCIALOJA-BRANCA, arts. 1177-1200, Bolonia-Roma, 1994, pp. 342-343.

El acreedor sólo podrá accionar por la primera. En la dación en pago, ni el acreedor puede exigir una prestación distinta de la convenida en pago, ni el deudor puede cumplir con la originaria, una vez que se ha llegado al acuerdo de dación en pago. En este sentido, si el deudor ejecutara la prestación originaria y el acreedor la aceptara, deberíamos concluir que hay un acuerdo tácito de desistimiento del negocio de dación en pago. *La datio in solutum* obliga por igual a ambas partes: al acreedor le impone la obligación de aceptar con efectos extintivos el *aliud* y al deudor la obligación de ejecutar la prestación convenida en pago. Como acertadamente se ha dicho, «la obligación de realizar este *aliud*, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a su ejecución se refiere. Establecida la dación en pago, el deudor está obligado a realizar el *aliud* y podrá ser condenado a ejecutarlo, el acreedor se ve constreñido a recibirlo» (35).

Precisamente por esto en el caso de la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1936, transcurridos los plazos previstos en la escritura, el deudor no goza de una facultad alternativa al pago, sino que resulta obligado a otorgar las escrituras de transmisión de la propiedad. De igual modo, en la sentencia de 26 de octubre de 1970, concluido un acuerdo de dación en pago, se condena a los deudores a otorgar escritura en virtud del previo convenio de dación en pago. Circunstancia ésta que avala el carácter consensual —*frente* a la tesis de constitución *ex re*— de la *datio in solutum*.

2.5. Dación en pago y modificación objetiva de la obligación

Hay una reiterada línea jurisprudencial que aproxima la dación en pago a la novación, sin equipararlas totalmente. Quizá sea una de las primeras sentencias la del TS de 9 de diciembre de 1943 (36) donde se configura la *datio in solutum* como forma de pago o novación. Tal pronunciamiento ha sido repetido con insistencia en posteriores decisiones jurisprudenciales (37). Esta posición arranca de la doctrina clásica francesa. La dación en pago se califica como novación objetiva seguida de inmediata ejecución de la prestación (38). El gran apoyo normativo

(35) MARTÍNEZ-PEREDA, «Las obligaciones facultativas en el Derecho español», *ADC*, 1972, pp. 515.

(36) La sentencia está comentada por HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la jurisprudencia civil», *RGLJ*, 1945, pp. 235 y ss. y BONET RAMÓN, «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1944, pp. 147 y ss.

(37) TS. 11 de mayo de 1911, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961, 1 de marzo de 1969, 3 de enero de 1977, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992, 28 de junio de 1993.

(38) Esta es la tesis de la doctrina francesa clásica. Entre otros, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, II, París, 1905, pp. 784-785.

que encuentra tal doctrina es el art. 2038 del *Code* (idéntico a nuestro art. 1849 C.C.). Con el recurso a la novación se explica coherentemente la eficacia liberatoria que tiene para los fiadores el acuerdo de dación en pago (39).

Puede resultar esclarecedor de las relaciones de la dación en pago y novación el supuesto de la S. TS de 5 de octubre de 1987. La sociedad «CATISA» era deudora de «Fina Ibérica, S.A.» por 3.566.920 pts. El 17 de febrero de 1984 «Transportes Roquer, S.A.» y «Fina Ibérica, S.A.» llegan a un acuerdo por el cual la primera asume la deuda de «CATISA» y en pago transmitía a la segunda un camión, valorado, de común acuerdo, en 16.000.000 de ptas. «Fina Ibérica, S.A.» se obligaba a suministrar aceites industriales a «Transportes Roquer, S.A.» por un valor igual a la diferencia entre el valor del camión transmitido y la deuda asumida. El camión se entregó, pero nunca se produjo el suministro de aceites. «Transportes Roquer, S.A.» demandó solicitando que se condenara a «Fina Ibérica, S.A.» a pagar la cantidad líquida resultante de la diferencia del valor del camión y la deuda asumida; «Fina Ibérica, S.A.» demandó reconvenzionalmente pidiendo que se dejara sin efecto el contrato de 17 de febrero de 1984, que a su entender contenía una cesión de bienes y no una dación en pago y por tanto, no resultaba obligada a hacer pago alguno sino hasta que procediera a la efectiva venta del camión.

El juzgado desestimó la demanda y acogió íntegramente la reconvencción. La Audiencia estima parcialmente el recurso planteado por la demandante y condena a la demandada a suministrar a la actora aceites industriales hasta un importe igual a la diferencia de valor entre el camión y la deuda asumida. El demandado interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el TS. La argumentación del TS descansa en la calificación del contrato de 17 de febrero de 1984 como dación en pago. El valor del bien que se transmite en pago es intranscendente para que el negocio produzca sus efectos extintivos.

Sin embargo, cabe dudar que el contrato de 17 de febrero de 1984 sea una dación en pago, aunque posiblemente una calificación distinta no hiciera variar la decisión final. Fijémonos que el convenio pactado entre las partes tiene una doble eficacia: extinguir una previa obligación y constituir otra nueva. De results del acuerdo las partes quedan vinculadas a la realización de unas diferentes prestaciones, contenido propio de una nueva relación obligatoria. El convenio sustituye a la anterior obligación. Se produce un cambio en la persona del deudor (asunción de deuda) y una modificación objetiva de la obligación. Y aunque ciertamente no hay una declaración terminante de sustituir una obligación por otra, de los hechos descritos sí parece deducirse una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación (art. 1204 C.C.).

(39) Cfr. AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil français*, IV, París, 1871, pp. 692-693.

El régimen de efectos desprendidos del acuerdo de 17 de febrero de 1984 avalan más la tesis de una novación extintiva que de una dación en pago. No se olvide que la eficacia propia de la dación se agota en la extinción de una previa obligación. En el caso comentado el contrato suscrito conlleva la instauración de un contenido obligatorio *ex novo*, del que se desprende —reflejamente— la extinción de la obligación preexistente.

Idéntico problema puede plantearse en el caso de la S. TS de 13 de mayo de 1983 (40). Un matrimonio cedió en pago parcial de su deuda un conjunto de bienes y derechos. Se pactó expresamente la responsabilidad de los deudores por el saneamiento de las nuevas prestaciones que se realizaban en favor del acreedor. Uno de los créditos cedidos, reclamado por el deudor cedente después de la cesión, resultó incobrable por sentencia formal. El acreedor interpuso demanda reclamando el importe del crédito en concepto de saneamiento por evicción. El juzgado rechazó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. El fundamento del fallo radica en considerar aplicable analógicamente —ante la falta de previsión legislativa— el art. 1532 C.C. a la dación en pago pactada.

No creo que el supuesto comentado sea una dación en pago, sino una novación. En el caso, además, no es irrelevante la calificación en uno u otro sentido. Lo acordado por las partes, parece ser, no era simplemente pagar a través de la ejecución de una prestación distinta a la prevista. El pacto expreso de «saneamiento de cualquiera de los bienes dados en pago» creaba una obligación nueva entre las partes (sustituyendo a la anterior) cuyo contenido eran las prestaciones sustitutorias. Lo evidencia el hecho de que, aún producida la denominada cesión en pago, quien reclamara judicialmente el crédito fuera el deudor-cedente y no el acreedor-cesionario. De haber existido dación en pago, el titular del crédito y único legitimado para su reclamación hubiera sido el acreedor. Que fuera el deudor quien reclamara judicialmente el crédito constata que las diferentes prestaciones asumidas por éste y aceptadas por el acreedor constituían el contenido propio de una nueva obligación (41).

Dación en pago y novación tienen un campo de juego propio y un ámbito de aplicación específico. Ambos negocios persiguen finalidades prácticas diferentes. No se trata tan sólo de que al subsumir la dación en pago en la novación objetiva la primera pierda autonomía y desaparezca del campo de las instituciones jurídicas (42). Los dos tipos de acuerdo tienen perfiles teóricos diferenciados y una muy distinta relevancia jurídica. Quien da algo en pago únicamente busca extinguir

(40) La sentencia está comentada por BERCOVITZ, «Comentario a la sentencia de 13 de mayo de 1983», *CCJC*, n.º 2, 1983, pp. 601-607.

(41) *Ibidem*, pp. 605-606.

(42) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 771.

una previa obligación. La novación extintiva implica la sustitución de una obligación por otra. En virtud del acuerdo novatorio, las partes quedan obligadas; por contra, la dación pone fin a la relación jurídica sin crear nuevas obligaciones para las partes. Son requisitos imprescindibles de la novación extintiva que las partes lo declaren expresamente o que la antigua y la nueva obligación sean del todo punto incompatibles (43). La dación en pago no exige tales condiciones. Y no las exige porque «su finalidad no es reemplazar una obligación por otra, sino tan sólo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación distinta a la debida» (44). La obligación de dar en pago algo distinto a lo debido no sustituye a la obligación originaria, sino que se inserta en ella creando un nuevo modo de extinción (45).

La tesis de la novación encaja mal con la protección del interés del acreedor. Quien acepta en pago una prestación distinta de la prevista no ve satisfecho su interés sino hasta la ejecución de la nueva prestación convenida. Si fuera una novación, tanto la obligación como los derechos de garantía de que goza el acreedor quedarían extinguidos por el mero acuerdo. En virtud de la dación en pago la extinción sólo se produce al momento de efectiva realización de la nueva prestación. Una interpretación conforme al interés del acreedor exige, como luego argumentaremos, entender el término «acepta» del art. 1849 C.C. (a efectos de la liberación de los fiadores) en el sentido de aprobación de la prestación ejecutada y no el mero acuerdo de dación en pago. De nada vale, por otro lado, recurrir a la ficción de comprender la dación como una novación objetiva seguida de inmediato cumplimiento, como mantenía la doctrina francesa clásica. El momento de eficacia extintiva en uno y otro caso (dación, novación) es bien distinto: acuerdo y ejecución.

Parecidas razones excluyen también ver en la dación en pago una modificación objetiva del contrato (no extintiva) (46). Las partes lo que pretenden es extinguir y no introducir alteraciones esenciales en el objeto de la obligación. Obsérvese, además, que el régimen de los riesgos (pérdida, imposibilidad sobrevenida de la nueva prestación) es

(43) Sobre el problema del significado de la incompatibilidad ver Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 798 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991, pp. 612 y ss.

(44) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 165.

(45) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 772.

(46) Esta tesis está en alza en Francia e Italia: GHOZI, *La modification*, pp. 85 y ss.; ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milán, 1987. Entre nosotros la configura como negocio modificativo: PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 282-300 y «La dación en pago» *RCDI*, 1986, pp. 1124 y ss.; también parece ser la línea seguida por MERINO HERNÁNDEZ, «La dación en pago», *RDN*, 1975, pp. 93 y ss.

bien distinto. En caso de dación, el acreedor siempre tendrá acción para reclamar la prestación originaria; en cambio, si lo que se acordó fue la modificación objetiva, la pérdida sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor siempre es a cargo del acreedor. Por lo demás, la tesis de la dación como modificación objetiva determinaría la imposibilidad de que la *datio* pudiera ser realizada por un tercero, circunstancia que es indiscutida en la doctrina y la jurisprudencia.

Cuándo se esté frente a una novación, simple o extintiva, cuándo ante una dación en pago, es una cuestión de hecho e interpretación negocial. No creo que sea conveniente el criterio de que la «dación en pago... no puede celebrarse hasta el momento en que, llegado el vencimiento de la prestación inicialmente pactada, ésta sea exigible y el deudor manifieste entonces su imposibilidad... admitir la posibilidad de la dación antes del vencimiento equivaldría a confundir la misma con la novación objetiva» (47). Que lo usual sea esta forma de proceder no debe excluir la existencia de la dación en pago a término, condicional o acordada con anterioridad al vencimiento de la obligación. Lo determinante para distinguir los diferentes eventos será la finalidad práctica perseguida por las partes, los términos del acuerdo alcanzado y los efectos jurídicos que desencadene el pacto (48).

2.6. Compraventa y dación en pago

Sin duda, la tesis que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, siguiendo la tradición jurisprudencial francesa e italiana anterior al 42, es la que configura la dación en pago como una compraventa. El acreedor actúa como un comprador donde el crédito satisfecho cumple la función del precio. A ello ha coadyuvado de forma importante que el esquema negocial más repetido de la dación en pago sea la transmisión de la propiedad de unos bienes para extinguir la obligación. La construcción obedece, no ha de olvidarse, a la necesidad de dar respuesta normativa a un contrato atípico.

La argumentación básica empleada por el TS para equiparar la dación a la compraventa es doble. De un lado, la identificación de efectos jurídicos que se da a ambos negocios en las escasas referencias normativas que nuestro Código hace de la dación en pago, en concreto, los arts. 1521, 1636 y 1849 C.C. (49). De otro, la observación de que en la

(47) En este sentido, SERRANO ALONSO, «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, 1978, p. 432.

(48) Para la distinción entre dación y novación/modificación objetiva, puede consultarse DI MAJO, *Adempimento*, pp. 345-346, nota 7 y 348-350.

(49) Entre otras, SS. TS. 9 de diciembre de 1943, 8 de noviembre de 1966, 29 de abril de 1991.

datio in solutum se dan los requisitos que para la existencia y validez del contrato de compraventa exige el art. 1445 C.C.: transmisión de bienes al acreedor para que este aplique los bienes recibidos a la extinción del crédito, el crédito actúa con igual función que el precio en el contrato de compraventa (50).

No puede resultar extraño, pues, que en la tarea integradora del contrato el TS haya llegado a la siguiente conclusión: «...bien se califique de venta, o se la configure como novación, o se piense que se trata de un acto complejo, siempre estará regida en nuestro ordenamiento por las normas del contrato de compraventa —al carecer de reglas específicas pues sólo se encuentran alusiones a la figura en los arts. 1521, 1636 y 1849 del C. civ.— en la que el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas» (S. TS 3 de enero de 1977) (51).

Con estas premisas el TS no ha tenido inconveniente en aplicar el art. 1571 (arrendamiento sometido al Código, extinción por venta de la cosa arrendada) para dejar sin efecto el arrendamiento, cuando el inmueble arrendado había sido transmitido en pago por el arrendador a su acreedor (S. TS 8 de noviembre de 1966). Tampoco ha tenido dificultad en declarar que el error sobre la mayor extensión de lo cedido en pago o su superior valor son circunstancias absolutamente irrelevantes, dado que al tratarse de cuerpo cierto y precio único es de aplicación el art. 1471 C.C (S. TS 6 de marzo de 1954).

Independientemente de que los resultados prácticos obtenidos puedan considerarse más o menos razonables, la equiparación entre dación en pago y compraventa es insostenible. Basta a este propósito recordar las repetidas palabras de POTHIER (52): «Cuando vendo a alguno una cosa por tal cantidad que se ha de compensar con otra igual que creo deberle, si después descubro que no se la debo... no puedo repetir la cosa vendida, sino solamente el precio equivocadamente compensado con una cantidad indebida. La acción que me compete es la *ex venditio*... Al contrario, cuando doy a alguno una cosa en pago de una cantidad que creo equivocadamente deberle, tengo derecho para repetir la cosa misma, porque la acción que me corresponde en tal caso, es la que se llama *condictio indebiti per errorem soluti*». Además, los argumentos empleados por nuestra jurisprudencia para la equiparación

(50) SS. TS. 7 de enero de 1944, 15 de diciembre de 1960, 14 de diciembre de 1965, 1 de marzo de 1969, 14 de septiembre de 1987, 13 de febrero de 1989, 4 de octubre de 1989, 15 de diciembre de 1989, 19 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1993.

(51) En idéntico sentido, SS. TS. 11 de mayo de 1912, 6 de enero de 1915, 9 de diciembre de 1943, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961, 1 de marzo de 1969, 2 de junio de 1982, 7 de diciembre de 1983, 13 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992, 28 de junio de 1993.

(52) *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841, p. 304.

tampoco son concluyentes. Que se identifiquen los efectos de ambos negocios en un conjunto de preceptos del Código Civil hace pensar, más que en una equivalencia negocial, que existe una problemática y un repertorio de intereses tutelables comunes surgidos de las operaciones. Así, los arts. 1521 y 1636 C.C. toman en consideración la común condición de transmisiones a título oneroso de la venta y la dación para conceder el derecho de retracto al tercero; el art. 1849 toma en cuenta los medios de defensa específicos de todo adquirente a título oneroso. La equivalencia entre crédito y precio sólo puede tener cierta consistencia en la medida que la dación en pago responda al esquema *res pro pecunia*, pero no cuando se trate de *res pro re* o *pecunia pro re*. No ha de olvidarse, en el mismo sentido, que en la dación en pago la prestación substitutiva tanto puede consistir en un *dare*, como en un *facere* o *non facere*.

Sin embargo, es justo reconocer que el propósito que ha orientado a nuestro TS al equiparar la dación en pago a la compraventa, ha sido llenar el vacío normativo de nuestro Derecho respecto al primer negocio (igual camino es el recorrido en Francia e Italia antes de 1942). La equiparación, por tanto, no implica que la jurisprudencia desconozca las diferencias entre uno y otro negocio. En las últimas sentencias se observa un alejamiento de esta línea, al conceptuar el TS la dación en pago como «todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido» (4 de octubre de 1989 y 29 de abril de 1991) o bien como contrato oneroso de enajenación que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión (15 de diciembre de 1989). La asimilación de la dación a la compraventa, sin negar su analogía con otras figuras, no tiene por finalidad dar una solución teórica, sino soluciones prácticas planteadas ante la imprevisión legal. Se trata de asimilarla a negocios jurídicos afines para dar soluciones a los problemas que se presentan en la fase de cumplimiento (entre otras, SS. TS 13 de mayo de 1983, 5 de octubre de 1987 y 27 de febrero de 1993).

Ahora bien, con tal esquema integrador se está incidiendo en el viejo problema del método denunciado por DE CASTRO (53). Se describe la estructura negocial pactada por las partes para subsumir el supuesto en un contrato tipificado legalmente y aplicarle sus consecuencias jurídicas; en todo caso, de participar el negocio atípico de varios tipos legales, se absorbe en aquél que es predominante (compraventa). En este sentido, la construcción jurisprudencial de la dación en pago es ejemplar de lo que ha de considerarse una insatisfactoria y estéril posición metodológica. Recurrir alternativa o acumulativamente a la tesis de la compraventa o la novación es eludir el examen concreto y prácti-

(53) *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 202 y ss.

co de la finalidad perseguida por las partes y lo expresamente pactado. Se obvia, por ejemplo, que la causa del negocio no es nunca el intercambio de prestaciones, sino única y exclusivamente la finalidad de pago. Afrontar con cierto rigor el problema de la dación en pago en nuestro Derecho exige partir de las premisas descritas, que están justo en las antípodas de toda averiguación acerca de su naturaleza jurídica. Esto es lo que pretendemos acometer en las páginas que siguen.

III. EL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL

El art. 1849 establece que «Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador». La solución de la norma no es difícil de explicar siempre que la dación en pago tenga plena eficacia solutoria. La extinción de la fianza no sería sino consecuencia de la extinción de la obligación afianzada. Sin embargo, éste no puede ser el objeto del precepto. De serlo así, resultaría una inútil reiteración del art. 1847 y efecto propio de la accesoriedad que vincula a la fianza respecto a la obligación garantizada (54).

El problema de la solución contenida en la norma se plantea en los casos en que el resultado extintivo perseguido por la dación en pago es ineficaz. En principio, habrá de convenirse que, dada la ineficacia de la dación, no habrá habido pago. Lógica consecuencia de esto es que permanezca subsistente la obligación afianzada. Coherentemente con lo dicho, la fianza debería persistir, dada la sola aparente extinción de la obligación afianzada. Y esta consecuencia, por ejemplo, es el principio general sancionado por el art. 839 del C.C. portugués (55).

Mantener la solución (extinción de la fianza), como hace el art. 1849 siguiendo al art. 2038 C.C. francés (56), cuando la dación es ineficaz, como en el caso previsto en la norma de pérdida de la cosa dada en pago por evicción, sólo puede explicarse con cierta coherencia a través de dos vías. Puede sostenerse, en primer lugar, que la dación (bien el mero acuerdo de las partes, bien la efectiva ejecución de lo convenido en pago), provoca una modificación (extintiva o no) de la obligación principal. Resultado de ésta alteración convencional de la obligación principal sería, como veremos más adelante, la liberación

(54) Así, DELGADO ECHEVARRÍA, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, p. 526.

(55) «Siendo la dación declarada nula o anulada por causa imputable al acreedor, no renacen las garantías prestadas por tercero, excepto si éste conocía el vicio en la fecha en que tuvo noticia de la dación».

(56) «La aceptación voluntaria que el acreedor haga de un inmueble o de otro defecto cualquiera en pago de la deuda principal, libera al fiador, aunque después el acreedor sufra la evicción».

del fiador. En segundo lugar, puede pensarse que el art. 1849 sanciona una causa propia y autónoma de extinción de la fianza, al margen de la suerte que corra la obligación principal. En este sentido, podría hacerse una lectura conjunta de los arts. 1848 a 1852 C.C., en cuanto que todos ellos recogen supuestos específicos de extinción de la obligación del fiador, con independencia de la extinción de la obligación afianzada.

3.1. Contenido y alcance de la norma

Antes de entrar a valorar el precepto examinado es preciso que delimitemos su correcto alcance. Y esto no sólo por razones sistemáticas, sino porque únicamente después de conocer el sentido y la amplitud de la norma podremos ponderar adecuadamente su fundamento.

El primer problema interpretativo que presenta el art. 1849 es el referente al significado del término «accepta». Tal expresión es susceptible de tener dos lecturas diversas, que corresponderán a dos momentos también distintos de extinción de la fianza. Por un lado, con el término «accepta» se puede entender el momento en que confluyen la manifestación de voluntades de acreedor y deudor, por la cual el primero admite en pago de la deuda una prestación distinta a la convenida inicialmente. Si así fuera, está claro que la fianza se extingue en virtud del mero acuerdo de voluntades, al margen de la sucesiva ejecución de la prestación convenida en pago. Por otro, la aceptación del acreedor puede referirse a la aprobación de la ejecución de la prestación sustitutiva realizada por el deudor. El momento relevante no es ya el nuevo acuerdo de voluntades, sino la efectiva ejecución de lo convenido en pago. Consecuentemente, la liberación del fiador sólo se producirá con la *datio*.

Como ha señalado GUILARTE (57), estas dos interpretaciones discurren paralelas a la diferente configuración de la dación en pago como negocio consensual o real. Si basta el mero acuerdo de voluntades para perfeccionar la *datio in solutum*, nada se opone a que se vincule a tal momento el efecto extintivo sobre la fianza. Por contra, el carácter real del negocio explica adecuadamente que la liberación del fiador sólo se produzca con la ejecución de la prestación convenida en pago. Ahora bien, es importante destacar ya desde este momento, que defender la extinción de la fianza por la ejecución de la *datio*, no implica necesariamente abrazar la configuración *ex re* del negocio. Sería contradictorio e insostenible mantener el carácter real de la dación en pago y atribuir su eficacia extintiva sobre la fianza a un tiempo anterior a la ejecución. No podría explicarse razonablemente cómo no surgiendo

(57) *Comentarios*, XXIII, p. 381.

ninguna eficacia obligatoria para las partes por el mero acuerdo, sin embargo pudieran desprenderse efectos para la obligación accesoria. En cambio, no hay problema para, aún defendiendo el carácter consensual de la dación en pago, relegar la liberación del fiador a la efectiva ejecución del acuerdo. Y no lo hay siempre que se distinguan claramente como dos momentos sucesivos (no simultáneos) la perfección y la ejecución del negocio. El presupuesto para que esta concepción pueda mantenerse es que el convenio de dación no implique ninguna modificación de la obligación principal.

Si el término «acepta» hace referencia al convenio de dación en pago, para que pueda explicarse coherentemente la extinción de la fianza es necesario que el convenio implique una modificación de la obligación garantizada. La liberación del fiador sería efecto de la novación o de la simple modificación de la obligación provocada por el acuerdo de dación. En cuanto novación, como consecuencia de la extinción de la obligación principal; en cuanto simple modificación, porque tal convenio no tiene eficacia para el fiador sin su consentimiento y porque la fianza «debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

Precisamente con base en el art. 2038 francés (correlativo al art. 1849) gran parte de la doctrina histórica francesa caracterizó la dación en pago como novación. Así, DEMOLOMBE (58) mantenía que la fianza se extinguía por el sólo efecto novatorio que tiene el acuerdo de ofrecer y aceptar una nueva prestación. Tal explicación parece seguirla GARCIA GOYENA (59) en el comentario al art. 1763 (art. 1849 actual) del Proyecto de Código Civil de 1851. Otro amplio sector doctrinal observa en la dación una novación seguida de inmediata ejecución de la prestación convenida en pago (60). Para éstos, al menos intelectualmente, son diferenciables los momentos del pacto novatorio y la ejecución de la *datio*, aunque en la práctica se realicen simultáneamente. Si la tesis fuera correcta, el art. 1849 resultaría en gran parte una reiteración inútil. No sería necesaria una norma expresa, ya que la extinción de la fianza se deduciría de la eficacia propia del pacto novatorio (cfr. art. 1207 C.C.) y de la extinción de la obligación principal (art. 1847 C.C.).

A igual conclusión ha de llegarse si el acuerdo de dación en pago implicara una modificación simple (no novatoria) de la obligación principal (61). La liberación del fiador resultaría de la aplicación conjunta

(58) *Cours de Code Napoleon*, XXVII, París, 1881, pp. 203-204.

(59) *Concordancias, motivos y comentarios*, IV, Madrid, 1852, pp. 165-166.

(60) Así, AUBRY y RAU, *Cours*, IV, pp. 692-693; JOSSERAND, *Derecho Civil*, II.^o (trad por Chunchillos y Manterola), Bs. As., 1950, pp. 716-719.

(61) Concepción defendida por GHOZI, *La modification*, pp. 81 y ss.

de los arts. 1827 y 1835 C.C., sin necesidad de recurrir al art. 1849. De otro lado, tanto una como otra concepción dejan sin sustantividad propia a la dación en pago, al limitarla a una modificación objetiva de la obligación principal.

No son sólo estos argumentos, ni siquiera son los más importantes, los que se oponen a que el término «acepta» haya de referirse al momento del convenio de dación en pago. La *datio in solutum* mira unilateralmente a la extinción de la deuda. Y ésta sólo se conseguirá con la efectiva ejecución de la prestación. El interés del acreedor no se satisface con el mero acuerdo de dación, sino con la realización de lo convenido en pago. Siendo éste el momento relevante para la extinción de la obligación principal, lógicamente a él habrán de vincularse todos los efectos que puedan desprenderse sobre las obligaciones accesorias. Por tanto, la aceptación del acreedor ha de referirse a su aprobación de la prestación realizada en pago por el deudor. Y es a este momento, por extinguirse la obligación principal (aunque sólo sea aparentemente) por una prestación equivalente al pago, al que ha de ligarse la liberación del fiador (62).

Esta segunda interpretación del término «acepta» es la que mejor se acomoda a la literalidad del art. 1849. La aceptación del inmueble o de cualesquiera otros efectos en pago parece que presupone la previa entrega. Y de lo que no cabe duda es que la pérdida por evicción implica que con anterioridad se haya dado el traslado posesorio (63).

Ahora bien, concluir que la fianza se extingue con la aceptación por el acreedor de la entrega de la cosa convenida en pago, no supone, como advertimos más arriba, caracterizar la dación como negocio que opera *ex re*. Se entenderá, sin embargo, que tal configuración resulte plausible para un amplio sector de la doctrina. El acreedor no verá satisfecho su interés sino cuando efectivamente se ejecute el *aliud* (prestación convenida en pago). De aquí será fácil desumir la perfección y eficacia de la dación en pago al momento de ejecución de la prestación sustitutiva.

3.2. Fundamento

Si sólo la efectiva ejecución de lo convenido en pago libera al fiador, ¿cuál es el fundamento de la norma? Me parece que se puede partir de una premisa consistente. El art. 1849 presupone que «producida la evicción de la cosa dada en lugar de pago, puede el acreedor, a su elección, hacer valer las normas del saneamiento para el caso de evicción

(62) Por todos, GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 382.

(63) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 773-774.

(arts. 1475 y ss. C.C.) o exigir la prestación originaria: en este segundo caso podría dudarse si la fianza revive también; y ésta es la cuestión que el artículo que comento resuelve negativamente» (64).

Es precisamente la circunstancia de que la obligación garantizada no haya quedado extinguida por la dación la que da contenido a la regla del art. 1849. Ya advertía POTHIER (65) que tal regla era desconocida en el Derecho histórico y fue elaborada por la antigua jurisprudencia francesa. La razón de los tribunales residía en que no siendo válido el pago y subsistiendo la obligación principal, sería inicu que el acreedor pudiera dirigirse contra el fiador, si durante ese tiempo el deudor principal llegó a ser insolvente.

No puede encontrarse, pues, el fundamento en la idea comúnmente aceptada por la doctrina española (66). Según ésta la *ratio* del precepto descansa en que la transmisión producida por la dación extingue definitivamente la obligación y si luego el deudor queda obligado por la evicción, esta obligación es distinta de la obligación afianzada. Si así discurrieran las cosas, el art. 1849 sería innecesario. La liberación del fiador procedería de la extinción de la obligación afianzada (art. 1847 C.C.) o, en todo caso, del carácter expreso de la fianza (art. 1827. I C.C.). Visto así, la dación en pago quedaría al margen de la propia extinción de la fianza.

También ha de descartarse que el efecto del art. 1849 descansa en el carácter novatorio o modificador de la relación obligatoria que tiene la dación en pago (67). Al fin y al cabo estos presupuestos conducirían a la misma solución criticada anteriormente. Ya hemos rebatido suficientemente ambas tesis. Baste ahora señalar que ninguna de las dos encuentra apoyo normativo en el precepto comentado. El francés GHOZI (68), que entiende la dación en pago como modificación objetiva

(64) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.º, p. 527; En parecido sentido, CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, p. 175.

(65) *Traité des obligations*, I, París, 1825, p. 392.

(66) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973, p. 473; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 432; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1017. Esta idea ya se encuentra en los discursos del *Code*. Así, TREILHARD: «Si el acreedor ha aceptado voluntariamente un inmueble u otra cosa en pago, el fiador queda liberado, incluso cuando el acreedor pierda por evicción la cosa que hubiera recibido. La obligación primitiva había quedado extinguida por la aceptación del acreedor, la accesoriedad de la fianza había cesado con ella: si el acreedor tiene a continuación una acción resultante de la evicción que él sufre, esta acción es diferente de la primera y no es la que el fiador había garantizado» (pp. 420-421); en el mismo sentido, LAHARY, p. 444; LOCRE, *Legislation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VII, Bruselas, 1836.

(67) Así, PASCUAL ESTEVILL, «La dación en pago», p. 1126; SECHI, voz «*Datio in solutum*», *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, Milán, 1911, p. 174; CHABOT, en LOCRE, *Legislation civile*, VII, p. 427.

(68) *La modification*, pp. 198 y ss.

de la obligación, explica la sanción del art. 2038 *Code* (correlativo al art. 1849) en los siguientes términos: el fiador se compromete a garantizar la ejecución de la obligación inicial del deudor y la fianza debe ser expresa y no extenderse a más de lo contenido en ella; el art. 2038 *Code* no hace sino confirmar lo establecido en el art. 2015 *Code* (idéntico a nuestro art. 1827), de ahí que no esté obligado a responder por una prestación distinta de la inicialmente prevista. La explicación es correcta. Pero en la misma medida pone en evidencia la inutilidad de un precepto (art. 2038, art. 1849) cuando sus propios efectos ya están expresamente previstos en otra norma del Código (art. 2015, art. 1827). Por tanto, no puede pretenderse hacer descansar la supuesta eficacia novatoria de la dación en pago en el art. 1849 C.C.

Además, no se ha de olvidar que, como advierte GUILARTE (69), la idea de novación o modificación únicamente explicaría que el fiador no responda de una obligación que no ha afianzado, pero no explica coherentemente por qué no ha de responder si el acreedor opta por exigir el cumplimiento de la obligación fiada.

Yo también creo que la *ratio* del art. 1849 no depende de una determinada construcción jurídica de la dación en pago (70). Pero dando un paso adelante, cabe afirmar que el fundamento de la norma sí excluye determinadas concepciones clásicas de la dación en pago, como la novación o la simple modificación objetiva, y apunta hacia un negocio autónomo con rasgos específicos propios.

El art. 1849 se ha de leer conjuntamente con los arts. 1851 y 1852 C.C. (71). Los mismos principios que inspiran a estos últimos actúan de informadores del primero. El fundamento estriba en que la aceptación por el acreedor de la nueva prestación impide al fiador el ejercicio de la acción de relevación (art. 1843 C.C.) o el oportuno y útil planteamiento de la acción de regreso contra el deudor. La sanción tiende a tutelar el interés del fiador. La extinción de la obligación afianzada (aunque sólo sea aparente) imposibilita (y además carece de sentido) cualquier acción de cobertura del fiador contra el deudor, cubriéndole del hipotético riesgo de que sea él finalmente quien tenga que pagar. Precisamente porque la aceptación del acreedor aparece frente al fiador como un acto jurídico de eficacia idéntica al pago o cumplimiento de la obligación. Al igual que ocurre en el art. 1.851 (72), donde la prórroga convenida obsta al ejercicio de la relevación (art. 1.843. 4.º), o en

(69) *Comentarios*, XXIII, p. 379.

(70) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.º, p. 527.

(71) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 378; SANTOS BRIZ, notas a HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, III, Madrid, 1958, p. 476.

(72) Ver FÍNEZ, «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *RJN*, enero-marzo, 1993, pp. 71 y ss.

el art. 1.852 (73), donde por acto del acreedor se perjudica el derecho de subrogación del fiador. En los tres supuestos, lo relevante y lo que justifica la liberación del fiador, es que por acto o acuerdo al margen de la voluntad de este último se perjudican las posibles acciones o derechos que le otorga la ley al fiador para la protección de su interés.

POTHIER (74) resumía el fundamento de la regla en *nemo ex alterius facto proegnavi*. Y ROGRON (75), analizando ya el art. 2.038 Code (art. 1.849), advertía que la razón de la liberación estaba en que el fiador no había podido adoptar las medidas conservativas del crédito que la ley pone a su disposición, ni podía quedar indefinidamente expuesto a una demanda; es el hecho del acreedor el que determina que su posición primitiva cambie, no dependiendo del fiador impedir un estado de cosas con el que el acreedor se ha conformado (76).

El centro de gravedad de la norma ha de ponerse más en el hecho de que el acto del acreedor (aceptación) obstaculice la acción de cobertura del fiador, que en que éste quede «en situación incierta durante un plazo inconcreto de garantía» (77). La misma situación de incertidumbre pesaría sobre el fiador en caso de que realizado el estricto pago por el deudor se declarara posteriormente ineficaz. No hay duda, sin embargo, que el fiador seguiría respondiendo de la obligación garantizada, independientemente de la mayor o menor concreción del período de garantía. Lo distintivo de uno y otro supuesto (dación en pago/pago) es que la actuación del acreedor ha sido determinante en el perjuicio causado al fiador. Perjuicio que se concreta en la pérdida de las medidas conservativas.

Tal circunstancia ha sido subrayada por el TS. En su sentencia de 26 de mayo de 1988 (78) afirma que el art. 1.849 C.C. sanciona un *acto propio del acreedor* que, implicando pago del crédito, exonera de responsabilidad al fiador. Y curiosamente el art. 839 del Código Civil portugués, que dicta una solución diametralmente opuesta a la de nuestro art. 1.849, también apunta en la misma dirección. El principio rector es que las garantías prestadas por terceros subsisten, no obstante se haya declarado nula o ineficaz la dación en pago. Sin embargo, excepciona

(73) Sobre el particular ver ALONSO SÁNCHEZ, *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, en cuanto a lo que ha de entenderse por hecho del acreedor, FINEZ, «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor», *RCDI*, 1993, pp. 9 y ss.

(74) *Traité*, I, p. 392.

(75) *Code Civil expliqué*, II, París, 1877, pp. 2468-2651.

(76) DELSOL, *Explication élémentaire du Code Civil*, III, París, 1885, p. 459.

(77) Esta circunstancia es la destacada por DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos*, II-3.^o, p. 527; GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 378.

(78) En el caso se trataba de un convenio de suspensión de pagos en el que se había pactado una *datio in solutum*. El acreedor, que gozaba de derecho de abstención, se adhiere al convenio.

el caso de que la *causa de nulidad o anulabilidad sea imputable al acreedor*, salvo que el fiador conociera el vicio en la fecha en que tuvo noticia de la dación (principio general: subsistencia de las garantías). Sólo la imputabilidad de la ineficacia de la dación en pago al acreedor libera al fiador. Por lo demás, la doctrina portuguesa está de acuerdo en justificar el art. 839 como confluencia de dos principios: renacimiento de la obligación y protección de los terceros de buena fe (79).

El art. 1.849 C.C., al igual que el art. 1.197. III del Código italiano, no exige la imputabilidad al acreedor del art. 839 portugués. Es un precepto que sanciona una norma general de desplazamiento del riesgo (80). La eventualidad de la pérdida por evicción de la cosa dada en pago ha de soportarla el acreedor. No puede el acreedor trasladar el riesgo de una sobrevenida evicción al fiador, cuando fue él, al aceptar la dación en pago, quien impidió el ejercicio de las acciones conservativas o, en su caso, de la acción de regreso al fiador. El consentimiento del acreedor fue determinante para que quedara extinguida, al menos aparentemente, la obligación afianzada.

Sobre esta premisa descansa la sanción del art. 1.849 C.C. y la de los análogos arts. 2.038 francés y 1.197 italiano. Ahora bien, la liberación del fiador será total o parcial en la medida en que la dación haya extinguido (aunque sea aparentemente) total o parcialmente la obligación afianzada (81). Este es el justo contrapunto a que la extinción de la fianza esté conectada al efectivo perjuicio que se causa al fiador en el ejercicio útil y oportuno de la acción de relevación. Si el acreedor ha consentido una dación parcial de la deuda, nada impide al fiador dirigirse al deudor en relevación (o en su caso, en regreso) por el resto del crédito insatisfecho.

Quizá pueda pensarse que la solución del art. 1.849 es exorbitante e inadecuada (82). Unos mínimos criterios de política jurídica parece que deben aproximar más la solución al problema a respuestas como la del art. 839 portugués. No se olvide que la dación en pago es habitualmente una medida transaccional para superar la situación de insuficiencia o iliquidez patrimonial del deudor. Y, desde luego, pocos

(79) Por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992, p. 180.

(80) SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, p. 680; SIMLER y DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1989, pp. 138-139; MALAURIE y AYNES, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1992, p. 93; MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, n.º 87; ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 277-278.

(81) Como excepción al pensamiento común de la doctrina, ISSA-SAYEGH mantiene que la dación en pago parcial de la deuda libera totalmente al fiador, «Contrats et obligations. Extinction des obligations», *Juris Classeur Civil*, XI (puesta al día en 1993), p. 8; de igual opinión GHOZI, *La modification*, p. 199, nota 55.

(82) Así, BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 137.

acreedores estarán dispuestos a pactar soluciones alternativas al pago para extinguir la deuda cuando el convenio lleve aparejada la extinción de las fianzas o avales. O se asegura de que el fiador presta su consentimiento a la dación en pago o no acceden a tal pacto. Soluciones como la del art. 1.849 no ayudan en nada al desarrollo del crédito. Pero, una cosa es lo deseable de *lege ferenda* y otra lo existente de *lege data*. Y no hay duda de que hoy por hoy y en atención a lo dispuesto en el art. 1.849 C.C., el interés protegido por el legislador es el del fiador.

3.3. Problemas prácticos y de aplicación

El criterio de política jurídica señalado en el párrafo anterior debe orientar la solución a los problemas que se suscitan en la interpretación y extensión de la norma. Igualmente, el carácter excepcional de la regla contenida, puesto de manifiesto por toda la doctrina, ha de limitar su aplicación a supuestos no previstos o que lleven aparejadas consecuencias jurídicas poco razonables o desproporcionadas.

Quede bien claro, de antemano, que la extinción de la fianza sólo tiene lugar por la ejecución de la prestación convenida en pago o, de forma más precisa, por la aceptación por el acreedor de la prestación sustitutoria. La mera existencia de un acuerdo de dación en pago no impide al fiador ejercer la acción de relevación, siempre que se dé alguno de los supuestos del art. 1843 C.C. (83). Sólo la aceptación como pago de una prestación distinta por el acreedor desencadena el efecto liberatorio. Recordemos que el fundamento de la norma descansa en que por hecho del acreedor (aceptación) se imposibilita al fiador el ejercicio de las medidas conservativas de su crédito. La misma *ratio* del precepto obsta a la atribución de efectos al simple pacto de dación entre acreedor y deudor que, por lo demás, se presenta frente al fiador como *res inter alios acta* (cfr. art. 1835 C.C.). Otra cosa es que el negocio de dación conlleve una prórroga *solutionis* de la obligación principal. Entonces la liberación del fiador será producto de la sanción establecida en el art. 1851 C.C. (prórroga incontestada), pero no por efecto del art. 1849 *strictu sensu*.

Sin embargo, sí creo que realizada la dación en pago el fiador quedará liberado en idéntica medida independientemente de cuál sea la causa de la sobrevenida ineficacia de la *datio*. Pudiera parecer, a primera vista, que el efecto liberatorio se ciñe a la pérdida de la cosa entregada en pago por evicción. El fundamento de la norma no autoriza a mi entender tal interpretación.

(83) Bo, voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto italiano*, V, Turín, 1938, p. 1126.

Ya tuvimos oportunidad de ver cómo la regla, tal y como ha pasado a los códigos, fue elaborada por la antigua jurisprudencia francesa. El problema que históricamente planteó la dación en pago fue el relativo a las acciones de que disponía el acreedor en caso de evicción. Ya hubo a tal propósito opiniones divergentes en Roma entre sabinianos y proculyanos (84). El problema viene condicionado por la configuración habitual de la dación. El punto de partida de los juristas clásicos y medievales es un supuesto de hecho unívoco: transmisión de la propiedad de una cosa, con consentimiento del acreedor, en lugar de la entrega de dinero o de otra cosa distinta (85). El supuesto de hecho que sirve como punto de partida delimita los aspectos más debatidos de la dación en pago: carácter real o consensual del acuerdo y tutela del acreedor en caso de evicción. Esta circunstancia explica coherentemente por qué el único supuesto de ineficacia de la *datio* previsto es la evicción. Alejados de esta premisa histórica y admitido que la prestación en pago tanto puede ser un *dare*, como un *facere* o *non facere*, no hay inconveniente en extender la solución del art. 1849 C.C. a los restantes casos de ineficacia sobrevenida de la *datio*.

Se ha mantenido la solución contraria con base en el carácter exorbitante y excepcional de la norma (86). Otros distinguen entre la ineficacia originaria y sobrevenida, para vincular sólo a esta última la extinción de la fianza (87). El fundamento de la norma ni autoriza tales distinciones, ni excluye su aplicación a casos de ineficacia de la *datio* análogos a la evicción y que reproducen el mismo conflicto de intereses. El art. 1849 mira sobre todo a la protección de los intereses del fiador y sanciona la pérdida de su derecho a la relevación por un acto o comportamiento del acreedor. Tal efecto tiene lugar tanto cuando el acreedor pierde la cosa dada en pago por evicción, como cuando está obligado a restituir la prestación por ser declarado el convenio de dación nulo o anulado o quedar afectado por la acción rescisoria por fraude de acreedores, la retroacción de la quiebra o el ejercicio de las acciones impugnatorias (arts. 878 y ss. C. Co.). En todo caso, en virtud del consentimiento prestado por el acreedor a la nueva prestación y la aparente extinción de la obligación garantizada, el fiador ha perdido la

(84) Sobre el particular puede consultarse ASTUTI, voz «Dazione in pagamento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, p. 728; MICCIO, *I diritti di credito*, I, Turín, 1982, p. 143; LONGO, voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, p. 173.

(85) Así, ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 59-62.

(86) Entre otros, BO, «Fideiussione», p. 1126; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, V, Madrid, 1955, pp. 31-32; SIMLER, voz «Cautionnement», *Juris Classeur Civil* (1991), p. 11; MALAURIE y AYNES, *Les sûretés*, p. 93; MIRABELLI, *Contratti speciali, Il Diritto civile italiano*, XII-2.^o, Nápoles-Turín, 1915, pp. 586-587.

(87) GHOZI, *La modification*, pp. 200-201.

opción de ejercitar oportuna y útilmente las acciones de cobertura y regreso contra el deudor. Y es precisamente éste el problema contemplado y el interés tutelado por el art. 1849. De ahí, que no haya inconveniente en extender sus efectos a supuestos análogos a la evicción.

Por ejemplo, el art. 1197 *Codice* también cita exclusivamente la evicción como causa anómala de la dación en pago. A este supuesto de hecho conecta la extinción de las garantías constituidas por terceros. No obstante, no hay duda para la doctrina italiana más reciente, atajando el debate de los comentaristas del *Codice* de 1865 (art.1929, idéntico a nuestro art. 1849), que la sanción ha de extenderse analógicamente a los restantes casos de ineficacia de la dación. Dicha extensión se desprende también de la *Relazione* que precede al *Codice* de 1942 (88). Aún con eficacia jurídica distinta, el Código portugués de 1966 habla con carácter general de la nulidad o anulabilidad de la dación en pago para dejar sin efecto las garantías prestadas por terceros cuando la causa sea imputable al acreedor (art. 839) (89).

Ahora bien, no quedará liberado el fiador cuando actúe de mala fe (por ejemplo, coopera con el deudor para hacer creer al acreedor que la cosa es propiedad del primero) o conociera o debiera conocer con una diligencia media la ineficacia de lo dado en pago (90). El ejercicio de los derechos conforme a la buena fe impone este límite general. Si la aparente extinción de la obligación afianzada (con la consiguiente despreocupación para el fiador de ejecutar toda medida conservativa de su crédito) es la que provoca la liberación del fiador, no hay razón para que se produzca tal efecto cuando el garante conoce la ineficacia de la *datio*. Obsérvese que en el caso nada impide al fiador que ejercite oportunamente las acciones conservativas de su crédito. (Idéntico principio general se sanciona en el art. 839 del Código portugués: si la nulidad o anulabilidad es imputable al acreedor se extinguen las garantías prestadas por terceros, salvo que éstos conocieran los vicios en la fecha en que tuvieron noticia de la dación).

Aplicación especial de la regla anterior es la común afirmación de la doctrina de que el art. 1.849 no es aplicable cuando es el propio fiador el que propone la demanda de evicción (91). Decía

(88) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 277-279; MACIOCE, *Commentario al Codice Civile*, P. Cendon, IV-1.º, Turín, 1991, pp. 65-66. Particularmente en contra DI MAJO, *Adempimento*, pp. 352-353.

(89) En contra de la solución general propuesta por nosotros CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid, 1991, p. 62.

(90) CICCAGLIONE, voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, VI-2.º, Milán, 1903, pp.645-646; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur*, p. 8.

(91) Entre otros, SIMLER, «Cautionnement», p. 11; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, París, 1954, pp. 999-1000.

ROGRON (92) que en este caso la no adopción de las medidas conservativas es imputable al propio fiador y no a su acreedor; por lo tanto, no podrá invocar a su favor la extinción de la fianza. Se deben distinguir dos supuestos, según el fiador intervenga o no en la dación en pago. En el primer caso, más que estar ante el supuesto extintivo del art. 1.849, lo que ocurre es que el fiador no podrá demandar al acreedor de evicción, ya que ha consentido en la dación en pago. Igual solución creo que debería adoptarse para el caso en que no interviniendo el fiador, sí conociera el objeto de la dación. Su no oposición al convenio de dación en pago podría interpretarse como un consentimiento tácito (93). Si el fiador ni interviene, ni conoce la *datio*, sin embargo está en condiciones de saber inmediatamente que la cosa entregada no es propiedad del deudor. En este supuesto, bien podrá dirigirse directamente en vía de regreso contra el deudor porque la deuda se ha extinguido a costa de su patrimonio (además del oportuno resarcimiento de daños), bien podrá ejercitar la acción de evicción, pero subsistirá la fianza respecto a la obligación principal (94).

La reserva de acciones del acreedor contra el fiador al convenir la dación en pago no puede implicar que este último no pueda ampararse en el art. 1.849 C.C. Se mantiene la tesis afirmativa con base en configurar la reserva de acciones como una dación en pago condicional. La eficacia extintiva de la dación queda subordinada a que el acreedor no pierda la cosa por evicción. No produciéndose la extinción definitiva de la obligación principal, tampoco se extingue la fianza (95). De aceptarse este presupuesto bastará la sola voluntad del acreedor para excluir el beneficio legal concedido al fiador por el art. 1.849 C.C. Aún admitiéndose que el fiador pudiera ejercitar también condicionalmente las acciones de relevación y regreso contra el deudor, tal mecanismo no evitará en la práctica la lesión del interés protegido por la norma (96).

Mejores argumentos avalan la postura contraria. La norma consagra un beneficio *favor fideiussoris*. Una voluntad ajena a la del fiador no puede tener relevancia a efectos de excluir tal beneficio. Fijémonos que en su caso la *datio* condicional aparece como un pacto al margen del consentimiento del fiador (arts. 1257 y 1835 C.C.). Y tampoco creo que por exclusiva voluntad del acreedor pueda quedar vinculado el fia-

(92) *Code Civil*, II, p. 2650.

(93) Esta posición es la mantenida por FRAGALI, *Delle obbligazioni, Commentario del Codice Civile*; SCIALOJA-BRANCA, arts. 1936-1959, Bolonia-Roma, 1968, pp. 520-521.

(94) Así, GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 385.

(95) Esta es la postura mantenida, entre otros, por FRAGALI, *Delle obbligazioni*, pp. 519-520; MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 588, con cita en el mismo sentido de DURANTON, PONSOT y LAURENT.

(96) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 384.

dor de modo indefinido a la fianza. Una cláusula de tal estilo, aunque aparezca formalmente como una *datio* condicional, debe ser inoponible al fiador (97).

Diferente es la hipótesis en que el acreedor condicione la dación a la renuncia del beneficio del art. 1.849 C.C. por el fiador o que éste haya renunciado previamente en el contrato de fianza. También debe tener un tratamiento distinto cuando el mismo fiador ha consentido la dación. El fiador permanecerá obligado por la deuda principal, pero no, salvo que se haya convenido en contra, por la obligación procedente de la evicción (98). Por fin, tampoco entrará en juego el art. 1.849 C.C. si la dación en pago estaba pactada en el mismo momento de la constitución del crédito garantizado. Para el caso, la fianza se extiende a toda la relación obligatoria, salvo voluntad contraria. La garantía aseguraría tanto la prestación original como el cumplimiento de la dación y las consecuencias procedentes de la evicción de la cosa convenida en pago.

El art. 1.849 C.C. no encuentra aplicación para los terceros constituyentes de prenda o hipoteca. La posición jurídica y los medios de defensa se configuran de forma muy distinta en el caso del fiador y los terceros garantes. También el principio *favor fideiussoris* que orienta el precepto conduce a la misma solución. Más discutible es si la norma es aplicable al contrato autónomo de garantía. La respuesta dependerá, en gran medida, de cómo se establezca el régimen de excepciones que puede oponer el garante al acreedor (99).

La solución contraria (extensión análogica de la norma a los terceros constituyentes de garantía real) se ha mantenido por un numeroso sector doctrinal (el art. 1.197.III *Codice* establece que «En todo caso no reviven las garantías prestadas por terceros»). Sin embargo, la extensión de la solución se encuentra, no tanto en la *ratio* de la norma, como en la particular naturaleza o construcción teórica de la dación en pago. Así, los que defienden la dación como novación (100) o modificación (101) objetiva de la obligación no tienen dificultad para explicar el efecto extintivo sobre cualquier tipo de garantía prestada por terceros. La extinción no es efecto del art. 1.849, sino del art. 1.207

(97) DELEBECQUE, voz «Cautionnement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (1991), pp. 22-23. Parte de la doctrina clásica comparte la solución; entre otros, TROPONG, GUILLOUARD, PONT, citados por MIRABELLI, *Contratti speciali*, p. 588; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 351.

(98) GUILARTE, *Comentarios*, XXIII, p. 585.

(99) CARRASCO, *Fianza*, pp. 61-62.

(100) Así, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; JOSSEAND, *Derecho civil*, II-1.º, p. 718; AUBRY y RAU, *Cours*, IV, p. 221; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 432; SECHI, «Datio in solutum», pp. 177-178.

(101) Así, MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1987, p. 407 y *Les obligations*, II, París, 1989, pp. 217-218 y 419 y ss.; PASCUAL ESTEVILL, «La dación en pago», pp. 1126 y ss.

C.C. o de que la obligación garantizada no puede quedar alterada al margen de la voluntad del garante (102). Ambas concepciones han sido ya suficientemente rebatidas en esta páginas.

La misma conclusión se extrae si se defiende que en todo caso la dación extingue con todas sus consecuencias el derecho de crédito (103). De resultar obligado de nuevo el deudor será por una obligación (evicción, vicios) distinta de la primitiva. Extinguida de modo definitivo la obligación garantizada, la misma suerte correrán las garantías y demás accesorios del crédito. Tampoco en este caso se trata de una aplicación análogica del art. 1.849 C.C. Cabe dudar de todas formas que producida la evicción o descubiertos los vicios de la cosa dada en pago, el acreedor sólo tenga las acciones de garantía del comprador. El art. 1.849, ya lo hemos advertido, presupone lo contrario. ¿Qué ocurre si el acreedor reclama la prestación originaria?, ¿podrá dirigirse contra el tercero hipotecante o pignorante?

No resulta convincente, de otro lado, distinguir según la evicción proceda del ejercicio de la acción reivindicatoria o de la acción hipotecaria planteada por un tercero acreedor del deudor común. En el primer caso, decía GIORGI (104), ha de revivir el crédito con la antigua hipoteca, la dación en pago fue absolutamente nula al carecer el deudor de la propiedad de la cosa. En el segundo, en cambio, se extinguirá la garantía prestada por tercero, ya que el acreedor conocía o podía haber conocido el gravamen que pesaba sobre el bien y sólo a él le es imputable la pérdida de la cosa (debe correr con el riesgo de la pérdida al aceptar en pago una finca hipotecada). La distinción propuesta, sin embargo, lejos de abundar sobre una aplicación análogica del art. 1.849 C.C., lleva a la solución contraria.

Ninguna de las razones convencen sobre la aplicabilidad de la norma a los terceros constituyentes de garantía (105). Creo que es decisivo para excluir la aplicación del precepto reparar nuevamente en su fundamento. Si tiene razón de ser en la fianza es porque el fiador es un obligado más, aún con carácter subsidiario, del acreedor, a diferencia de los denominados fiadores reales. Por esta razón y dado que el fiador puede ser demandado por el cumplimiento de la obligación, goza de

(102) GHOZI, *La modification*, p. 199.

(103) Claro representante de esta posición BEUDANT, *Cours de Droit Civil français*, XI, París, 1936, pp. 390-391. También los clásicos TOULLIER, LAROMBIERE, MARCADE, GRENIER, *cit.*, por GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 352. Entre nosotros, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1020; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 324.

(104) GIORGI sigue a los clásicos franceses PONT y TROPLONG, *Teoría de las obligaciones*, VII, p. 532.

(105) La solución es compartida por RIVERO, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, p. 220; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 378-379.

medios preventivos -acción de cobertura- para cubrir el riesgo del hipotético pago. El acto del acreedor que imposibilita el ejercicio de tal derecho (aceptación de la dación en pago) justifica la liberación del fiador (106). El tercero constituyente, ni es un obligado del acreedor garantizado, ni goza de la acción de cobertura protegida vía art. 1.849 C.C. (107).

Es evidente, por fin, que la norma no es aplicable a la cesión de bienes (108). Baste observar que, a diferencia de la dación en pago, la extinción de la obligación sólo se dará en el momento de la aplicación del líquido obtenido y únicamente por el importe de la realización de los bienes cedidos (cfr. art. 1175 C.C.). La cesión facilita el cumplimiento de la prestación debida, pero no altera su contenido, ni provoca la automática extinción de la deuda. El pacto de quita o renuncia a la parte del crédito no satisfecho a través de la cesión, no altera su configuración jurídica, ni implica la eficacia extintiva prevista por el art. 1849 C.C. Otra cosa es que la quita o renuncia pueda oponerse por el fiador al acreedor garantizando (cfr. art. 1853 C.C.).

IV. LOS SUPUESTOS LEGALES DE RETRACTO

La segunda referencia normativa que aparece en nuestro Derecho de la dación en pago está en relación con los supuestos de hecho que dan lugar al ejercicio del retracto. Dice el art. 1521 C.C. que «El retracto legal es el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». De igual manera, el art. 1636 C.C. faculta alternativamente al dueño del dominio útil o directo a ejercitar el retracto siempre que uno de los dos venda o dé en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica. Los arts. 1067, 1522 y 1523 C.C. conceden idéntico derecho (a coherederos, comuneros y colindantes) en caso de venta o enajenación; sin embargo, se acepta sin discusión que el retracto procede también en caso de dación en pago (109).

Al amparo de las normas citadas, en especial los arts. 1521 y 1633 C.C., la jurisprudencia ha identificado dación en pago y

(106) CRISTÓBAL MONTES justifica la solución contraria a la defendida por nosotros al entender que existe una *eadem ratio* entre la fianza y las restantes garantías constituidas por terceros, *El pago*, p. 176.

(107) Una solución contraria a la mantenida aquí es la que parece desprenderse del párrafo 365 BGB, así VON THUR, *Tratado*, II, p. 12.

(108) Tal exclusión es recogida expresamente por la S. TS. de 14 de septiembre de 1987.

(109) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XVI-2.^o, Madrid, 1989, p. 432; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, XIX, Madrid, 1991, p. 644 y ss.

compraventa (110). Aún llegando más lejos, la S. TS de 8 de noviembre de 1966 admitió la demanda de resolución del arrendamiento planteada por el acreedor que había adquirido en pago la finca arrendada. Consideró aplicable al caso el art. 1571 C.C., ya que «... el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido constituye un verdadero contrato de compraventa sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes».

Como acertadamente matizó HERNANDEZ GIL (111), la equiparación de la dación a la compraventa con base en los arts. 1521 y 1636 tiene un alcance más profundo. La dación en pago constituye en sí misma un nuevo contrato acerca de la forma en que ha de realizarse el pago pendiente. Y con un criterio práctico es a la compraventa a la que conviene equiparla, de una parte, por la generalidad de aquélla, y de otra, por la posible aplicación análoga de sus reglas.

Que el retracto tenga lugar cuando se produce una transmisión en virtud de venta o dación en pago no puede llevar a confundir ambas figuras. El origen del retracto no se encuentra tanto en la particular configuración de ambos negocios, como en su común efecto de provocar una transmisión de la propiedad a título oneroso. Así, algunos autores definen la dación en pago como «contrato oneroso de enajenación» (112). A los ojos de un tercero la *datio in solutum* se presenta como una transmisión de la propiedad a título oneroso (*solvendi causa*). Añádase a ello que la hipótesis habitual y la que ha condicionado el tratamiento histórico de la dación, es la de transmitir la propiedad de un bien en pago de una deuda dineraria.

Observando los supuestos legales de retracto recogidos en el Código Civil se puede formular la norma general de que el ejercicio del derecho procede en caso de enajenación a título oneroso. El precedente del actual art. 1521 es el art. 1450 del Proyecto isabelino. Decía GARCIA GOYENA (113) comentando este último precepto, que la razón de introducir también la dación en pago era evitar el posible fraude al retrayente al intentar las partes simular una deuda inexistente (al margen de que *datio in solutum* es venta). Lo mismo cabe deducir (enajenación a título oneroso) de la comparación entre los arts. 1636 y 1656. 6.^a C.C. Mientras el primero habla exclusivamente de la venta y la dación en pago, el segundo se refiere en general a las «enajenaciones a título oneroso» y se remite para las condiciones y el ejercicio del retracto al artículo anterior.

(110) Entre otras, SS. TS. de 9 de diciembre de 1943, 8 de noviembre de 1966.

(111) «Comentario», pp. 236-237.

(112) Así, entre nosotros, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, p. 373; LA-TOUR, «Notas», p. 632.

(113) *Concordancias*, III, pp. 425-426.

Idéntica conclusión cabe extraer si se analizan los supuestos legales de retracto contenidos en la legislación especial. El art. 48 LAU faculta al inquilino y/o arrendatario a retraer el piso o local de negocio que se ha vendido, cedido solutoriamente o que se ha adjudicado en virtud de la división de la cosa común (114). Se exceptúa en este último caso, cuando la división y adjudicación recae sobre una cosa común adquirida por herencia o legado. Está de acuerdo la doctrina en que por cesión solutoria sólo cabe entender la dación en pago (115). Se excluye del retracto la transmisión del piso o local por cesión de bienes. Precisamente porque la cesión de bienes a los acreedores no implica la transmisión de la propiedad de los bienes cedidos (distinto es cuando por consecuencia de la cesión los acreedores venden los bienes a un tercero). Por su parte, el art. 36.2 LAU concede al arrendador el derecho al retracto en caso de transpaso del local de negocio por dación o adjudicación en pago. Igualmente queda excluido el ejercicio del retracto cuando el derecho arrendaticio se cede para pago o *pro soluto* (116).

A efectos fiscales transmisión onerosa y dación en pago se equiparan. Así resulta del art. 7.2. A) de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDL 1/1993). Bien es cierto que la norma grava tanto las adjudicaciones en pago, como para pago de deudas. Si bien respecto a esta última hace una salvedad muy importante: los adjudicatarios para pago de deudas que hayan transmitido al acreedor los bienes en pago de su crédito y los que justifiquen haberlas transmitido con el mismo fin a un tercero, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones. Excepción que es reveladora de que el hecho imponible se cene a los supuestos de enajenaciones onerosas. De ahí que grave siempre a los adjudicatarios *pro soluto* y permita el reembolso del impuesto a los adjudicatarios *pro solvendo*.

Con base en las consideraciones precedentes, y pese a la opinión restrictiva de la doctrina y la jurisprudencia, comparto la regla general siguiente: el retracto debe proceder en toda enajenación onerosa cuya contraprestación no sea infungible o personalísima (117); o dicho de otra forma, siempre que el retrayente pueda proporcionar al enajenante la misma prestación que el retraído (118). Los supuestos que habilitan el ejercicio del retracto no son base suficiente para identificar dación

(114) Puede verse en el precepto un argumento a propósito de la vieja polémica sobre el carácter traslativo o declarativo de la división de la cosa común.

(115) Cfr. FUENTES LOJO, *Nueva Suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1994, p. 562.

(116) *Ibidem*, p. 528.

(117) GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, XIX, pp. 641 y ss.

(118) BLASCO, en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coord. por LÓPEZ, A. y MONTES, V., Valencia, 1994, p. 623.

en pago y compraventa. En razón a las mismas sólo se podrá concluir que frente a terceros la dación en pago implica una enajenación a título oneroso.

La regla general formulada tiene una importante excepción en la LAR. El art. 86 LAR otorga al arrendatario el derecho de tanteo y retracto en cualquier caso de enajenación (onerosa o gratuita) de la finca rústica arrendada (119). Expresamente el art. 89 establece que en la donación, aportación a Sociedad, permuta o adjudicación en pago (o cualesquiera otras distintas de la compraventa) de la finca arrendada podrá el arrendatario ejercitar su derecho de adquisición preferente. Esta formulación amplia (enajenaciones intervivos, onerosas o gratuitas) de los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente se justifica por la finalidad perseguida por la ley de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad (120). Precisamente por ello sólo se conceden tales derechos a quienes tengan la consideración de profesionales de la agricultura (art. 93). Y la misma finalidad justifica que no proceda el tanteo, retracto o adquisición preferente cuando sean transmisiones a título gratuito en favor de descendientes, ascendientes o cónyuge o cuando la permuta se efectúa para agregar una de las fincas permutadas a otra cualquiera de los permutantes, siempre que sean inferiores a una determinada extensión (art. 92).

V. LA DISTRIBUCION DE RIESGOS EN LA DACION EN PAGO

Una vez analizadas las principales referencias normativas que se hacen en nuestro ordenamiento a la dación en pago, conviene examinar el régimen jurídico del convenio. Una buena piedra de toque para observar los efectos del pacto de dación en pago es indagar la incidencia que la imposibilidad sobrevenida de la prestación originaria o el *aliud* tiene sobre la relación obligatoria.

Estamos planteando el problema de los riesgos en la obligación. Es preciso advertir que el asunto queda circunscrito a la pérdida de la cosa o la imposibilidad física o legal de realizar la prestación (cfr. arts. 1182 y 1184 C.C.) una vez pactada la dación en pago y antes de su ejecución. La imposibilidad sobrevenida puede recaer tanto en la prestación *in obligatione*, como en la convenida en la dación.

(119) El derogado art. 16.1 RAR de 1959, precedente del actual art. 86, ceñía el ejercicio del retracto a las transmisiones a título oneroso.

(120) Sobre el particular pueden consultarse MARTÍNEZ VALENCIA, *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1991, pp. 420 y ss.; COBACHO GÓMEZ, *Estudios sobre la Ley de arrendamientos rústicos*, Murcia, 1982, pp. 170 y ss.

Si se defiende la perfección *ex re* del negocio de dación en pago la solución es simple. No varía respecto a cualquier otra obligación: régimen general establecido en los arts. 1182 y ss. El nuevo acuerdo de dación en pago no introduce modificación alguna en la obligación principal. Esta permanece invariable hasta el momento de ejecución de la prestación convenida en pago (121), que marca el momento constitutivo del contrato de dación. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, que únicamente puede recaer sobre el objeto de la obligación principal, determinará la extinción de la obligación, salvo que la pérdida sea imputable al deudor o éste estuviera en mora (cfr. art. 1182 C.C.). El deudor quedará liberado de la obligación y consiguientemente no tendrá ningún efecto el así denominado precontrato (122) de dación en pago. El riesgo de la pérdida recae íntegramente sobre el acreedor, al margen del ejercicio por parte de éste de la facultad resolutoria cuando la obligación tuviera su origen en un contrato bilateral.

Ninguna incidencia tendrá, en cambio, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación convenida en pago. La obligación principal subsiste. Obsérvese, además, que el acreedor no queda obligado a la aceptación del *aliud* por el mero acuerdo o precontrato de dación, dado que se perfecciona por su ejecución. La coincidencia entre el momento de la perfección y la ejecución (satisfacción del acreedor, extinción de la obligación) elimina todo riesgo de pérdida sobrevenida para el acreedor. Habrá de soportar este riesgo exclusivamente el deudor. El acreedor podrá exigir y el deudor estará obligado a entregar o hacer (al igual que hasta el momento de la ejecución del *aliud*) la prestación originariamente pactada.

La perfección *ex re* conduce a una solución simple y equitativa de la distribución de los riesgos entre acreedor y deudor. Sin embargo, no se ve razón alguna, como más adelante argumentaremos, para que la dación en pago no siga el principio consensualista que preside nuestro ordenamiento (cfr. arts. 1258, 1278 CC.). Ni existen tampoco razones de política jurídica que obliguen a entender perfeccionada la dación por la ejecución de la prestación convenida para proteger con mayor solidez el interés del acreedor.

Desde luego no se encuentra una respuesta satisfactoria al problema de los riesgos si se concibe el acuerdo de dación como una novación (propia o modificativa) de la obligación. Es más, desde este prisma se aprecia con mayor claridad el distinto régimen de efectos entre la modificación de la obligación y la dación en pago. Si efectiva-

(121) BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 135-136.

(122) Para los defensores de la perfección *ex re*, el previo acuerdo constituye un precontrato o contrato preliminar de dación en pago. Entre otros, RODOTA, voz «Dazione in pagamento (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, p. 738; LEOTY, «Nature juridique», p. 35; ISSA-SAYECH, *Juris Classeur Civil*, p. 10.

mente la dación consistiera en una novación (extintiva o meramente modificativa) sólo tendría incidencia la imposibilidad sobrevenida de la prestación pactada *ex novo*. La pérdida sobrevenida por caso fortuito del nuevo objeto de la obligación implica la extinción de la obligación, modificada por el contrato de dación. El riesgo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación ha de soportarlo el acreedor. Pero es muy distinto el convenio por el cual acreedor y deudor modifican el objeto de la obligación, a aquel otro en el que pretenden facilitar su cumplimiento a través de la ejecución de una prestación distinta a la prevista. En este último caso, ni se extingue, ni se varía el objeto de la obligación, se añade simplemente un nuevo modo extintivo que únicamente tendrá eficacia liberatoria para el deudor con su ejecución. No hay argumento alguno para entender que el acreedor que acepta en pago una prestación diferente haya de correr, además, con el riesgo de su pérdida sobrevenida. A tal conclusión llevaría la identificación entre dación y modificación de la obligación (123).

La dación en pago es un negocio instrumental y de ejecución de la obligación preexistente. La subsistencia de ésta determina la vigencia y eficacia del contrato de dación. Por tal contrato el acreedor se obliga a aceptar el *aliud* en lugar de la prestación debida y el deudor a ejecutar la prestación convenida en lugar del pago. Como negocio que se perfecciona *merus consensus*, la realización del *aliud* se antepone a la ejecución de la prestación establecida en la obligación principal. Mientras el convenio de dación conserve su eficacia, la ejecución del *aliud* es preferente al pago (124). Desde estas premisas, para analizar la distribución de riesgos conviene examinar por separado según la imposibilidad o pérdida recaiga sobre la prestación originaria o la pactada en pago.

La pérdida o imposibilidad legal o física sobrevenida de la prestación debida, sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, extingue la obligación. La extinción acarrea la ineficacia del contrato de dación. Al ser éste un negocio instrumental destinado ejecutivamente al cumplimiento de la obligación, la extinción de la relación a la cual está vinculado rompe el presupuesto de su vigencia y eficacia. Muy distinta es la solución cuando la imposibilidad sobreviene a la puesta en mora del deudor o a él le es imputable la pérdida. En este caso la obligación subsiste y la prestación debida se transforma en un pago por el equivalente o la indemnización de daños y

(123) El régimen de los riesgos es distinto, aun defendiendo el carácter modificativo del contrato de dación, cuando se condiciona la potestad modificativa o el *ius variandi* del deudor a la ejecución del *aliud*. Se trata de una modificación *ex re*. En este supuesto la distribución de los riesgos es idéntica a la descrita en la perfección real del contrato de dación. Así, entre otros, GHOZI, *La modification*, pp. 85-113.

(124) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 792-793.

perjuicios (125). No obstante, siendo preferente la ejecución del *aliud*, el acreedor sólo estará legitimado para reclamar lo convenido en pago y el deudor sólo podrá liberarse mediante la realización de esta prestación. Incumplido el convenio de dación por el deudor el acreedor podrá resolver (126) y exigir el crédito originario, ahora transformado en un pago por el equivalente. Siendo, además, imputable al deudor el incumplimiento de la dación, el acreedor tendrá acción para resarcirse de los daños ocasionados por la inejecución de lo convenido en pago.

Diametralmente opuesta es la distribución de los riesgos cuando la imposibilidad recae sobre la prestación pactada en la dación. La pérdida por caso fortuito exonera de su obligación de entrega al deudor. Pero, tal circunstancia no tiene ninguna repercusión sobre la obligación principal. El acreedor podrá exigir el crédito originario. A tal conclusión se llega considerando que la extinción de la obligación principal sólo se produce mediante la efectiva ejecución del *aliud*, ahora imposible por la pérdida sobrevenida. Siempre conservará el acreedor la acción para reclamar la prestación de la obligación principal. Idéntico resultado se obtiene, lo que considero técnicamente más correcto y ajustado a la caracterización de la dación como contrato bilateral, por el ejercicio de la facultad resolutoria por el acreedor. La imposibilidad sobrevenida («hecho obstativo que de forma absoluta, definitiva e irreformable impide el cumplimiento») sirve como presupuesto para la resolución. El ejercicio de la acción deja sin efectos el contrato de dación y conlleva el restablecimiento de la prestación originaria como medio extintivo de la obligación.

Observando esta distribución del riesgo aparece evidente la falacia de asimilar la dación en pago a la compraventa. La aplicación de los riesgos de la compraventa a la dación (127) conduciría justamente a la solución contraria. Como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia (128), la dación es una compraventa donde el crédito del acreedor cumple la función del precio, la pérdida sobrevenida del *aliud* recaería íntegramente sobre el patrimonio del acreedor/comprador

(125) Sobre la perpetuación de la obligación y la problemática entre pago por equivalente o indemnización de daños y perjuicios puede consultarse, con carácter general, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 680 y ss.

(126) La facultad de resolver se admite sin objeción con carácter general. Para Alemania ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, II-1.º (trad. y notas de Pérez González y Alguer), Barcelona, 1954, p. 320; para Italia, ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 259 y ss.; para España, FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», p. 794.

(127) Mantiene la aplicación del régimen de los riesgos de la compraventa a la dación en pago RIVERO, *Elementos*, II-1.º, p. 219.

(128) Entre otras, las más recientes SS. TS. de 28 de junio de 1993, 19 de octubre de 1992, 29 de abril de 1991, 15 de diciembre de 1989 y 23 de septiembre de 1988.

(cfr. art. 1452 C.C.) (129). De mantenerse el principio tradicional y mayoritario en nuestra doctrina de *periculum est emptoris*, el acreedor/comprador se vería obligado a pagar el precio (extinción de la obligación principal, no reclamación de la prestación inicial) y el deudor quedaría exonerado de su obligación. Ni la causa (ejecución de una obligación preexistente), ni la finalidad (solutoria) perseguida por la dación justifican una solución similar. Los efectos a los que conduce la teoría de los riesgos de la compraventa en la dación en pago rechazan toda asimilación entre uno y otro negocio.

Si la pérdida del *aliud* es imputable al deudor igualmente éste permanecerá obligado. Ahora bien, *ab initio* el acreedor sólo tendrá acción para reclamar el pago por equivalente de la prestación convenida en la dación. Otra cosa es que, como en el caso anterior, resuelva el contrato de dación y retorne a la prestación inicial. En ambos casos, cumplimiento por el equivalente o resolución, tendrá derecho a la indemnización de daños causados por el incumplimiento del deudor.

Por fin, cabe plantear una última hipótesis que, aunque de escasa relevancia práctica, tiene importancia para analizar los efectos de la dación. Se trata del supuesto en que la pérdida del *aliud* sea imputable al propio acreedor. Dos me parecen las respuestas posibles al caso. La primera es entender que el deudor podrá reclamar al acreedor la indemnización de daños y perjuicios sufridos en su patrimonio por la destrucción culpable, pero en todo caso el acreedor conservará la acción para exigir la prestación inicial. La segunda es ésta: tanto la obligación inicial como la procedente del contrato de dación quedan extinguidas, con la correlativa liberación del deudor. Considero preferible esta última solución. La pérdida de toda acción para el acreedor debe ser el efecto singular del principio general de nuestro ordenamiento privado de *venire contra proprium factum* (130), recogido, entre otros preceptos, en los arts. 1170, 1308, 1314 y 1488 C.C. La primera de las soluciones conduce a una identificación entre dación en pago y obligación facultativa (131). Y es bueno recordar que en la dación en pago, lejos de la idea de *facultas solutionis*, el deudor sólo puede cumplir (ínterin subsista el convenio de dación) a través de la ejecución de la prestación convenida en pago. Circunstancia que se impone también como exigencia para el acreedor: aceptar el *aliud* en

(129) Sobre el problema de los riesgos en la compraventa y las diferentes posturas ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

(130) Sobre tal principio en nuestro ordenamiento y su relación con el art. 1170 C.C. ver PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, pp. 226-227.

(131) Sobre el régimen general de la imposibilidad sobrevenida cuando recae sobre la prestación facultativa véase: RUIZ-RICO, «Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», *RDP*, 1988, pp. 114 y ss.; VATTIER, «Contribución», pp. 659-660; MARTÍNEZ-PEREDA, «Las obligaciones facultativas», pp. 492-497.

pago de la obligación inicial. A este respecto, no podrá exigir el acreedor el crédito originario cuando por su culpa no pueda restablecerse la prestación convenida en pago (132).

VI. LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR. PERDIDA DE LA COSA POR EVICCIÓN Y OTROS SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL NEGOCIO

El problema de la defensa del acreedor se ha centrado en la pérdida de la cosa dada en pago por evicción. Tal ámbito problemático viene prefigurado por el supuesto de hecho básicamente contemplado de *datio in solutum*. Como ya advertimos, el modelo que se toma por referencia es la transmisión de la propiedad de una cosa en pago de un crédito dinerario (*res pro pecunia*) o de otra prestación de dar (*res pro re*). El supuesto de hecho de referencia juega como prejuicio a la hora de analizar los medios de defensa del acreedor. De un lado, se restringen las soluciones al supuesto de evicción, desconociendo otros casos de ineficacia sobrevinida de la *datio*; de otro, las respuestas tradicionales sólo pueden ser satisfactorias cuando la nueva prestación consiste en un *dare* y no cuando recae en un *facere* o *non facere*. Es necesario alejarse de tales premisas históricas para observar en toda su amplitud el conjunto de problemas y las diversas hipótesis que se plantean en la defensa del interés del acreedor que acepta la dación en pago.

También creo necesario abordar la cuestión sin un excesivo conceptualismo. Ya en Roma el origen de la polémica descansaba en un problema de conceptos. Mientras unos reconocían que la *datio in solutum* operaba *ipso iure* (sabinianos), otros mantenían que sólo tenía eficacia *ope exceptionis*, atribuyendo al deudor una *exceptio doli mali* (proculeyanos) (133). Y posiblemente a este planteamiento inicial sea debida la discrepancia respecto a la acción de que goza el acreedor en caso de evicción: la acción derivante del crédito originario (Marciano, Paulo) o la *actio utilis ex empto* (Ulpiano) (134). Aunque parece ser lo más razonable entender que en la época clásica el acreedor sólo disponía de la acción procedente del crédito originario (135). Entre otras razones,

(132) En este sentido coincidirían las soluciones dadas en los casos de cesión *pro soluto* y *pro solvendo*. Con una diferencia importante. Mientras que en la cesión *pro solvendo* la pérdida o perjuicio imputable al acreedor libera al deudor en la medida del perjuicio sufrido, en el caso de cesión *pro soluto*/dación en pago la liberación ha de ser total, ya que es indiferente el valor del bien cedido en pago (S. TS. de 5 de octubre de 1987). Sobre el supuesto en caso de cesión *pro solvendo* puede verse PANTALEÓN, «Cesión», pp. 213-217.

(133) MICCIO, *I diritti di credito*, I, p. 143.

(134) Cfr. LONGO, «Datio in solutum», p. 173.

(135) Así, ASTUTI, «Dazione in pagamento (storia)», p. 730; DI MAJO, *Adempimento*, p. 338.

porque en esta época se distinguía perfectamente entre dación y compraventa con compensación final, no asimilándose ambas figuras. La equiparación de la dación a la compraventa era característica de la tradición helenística y por aquí penetró en el Derecho justiniano (136). Se identifica la *datio* con un negocio obligatorio con el cual la vieja obligación es novada y sustituida por la obligación de vender y respectivamente comprar por un precio igual a la cuantía de la obligación originaria. Sin embargo, los compiladores bizantinos no olvidan la formulación inicial y configuran la defensa del acreedor dejando a su elección acudir al crédito originario o ejercitar la *actio utilis ex empto* (137).

Curiosamente los códigos más recientes que regulan la dación en pago llegan a soluciones similares. En Italia y Portugal el acreedor que padece la evicción o cuando la cosa dada en pago tiene vicios ocultos puede optar entre el ejercicio de las acciones de garantía del comprador (saneamiento por evicción y vicios ocultos) o la reclamación de la prestación originaria más el resarcimiento del daño, según disponen los arts. 1197.II y 838 de los respectivos códigos civiles (138).

Por contra, en aquellos ordenamientos donde la dación en pago es un negocio atípico normalmente las soluciones tradicionales al caso de evicción y/o vicios son muy divergentes. Bien se mantiene que el acreedor *sólo* dispondrá de las acciones de saneamiento, ya que la dación ha extinguido definitivamente el crédito originario (139) o ha implicado la novación de la obligación preexistente (140), bien se

(136) Cfr. ASTUTI, «Dazione in pagamento (storia)», p. 730.

(137) *Ibidem*, pp. 730-731.

(138) Art. 1197.II: «Si la prestación consiste en la transmisión de la propiedad o de otro derecho, el deudor queda obligado al saneamiento por evicción o vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño». Art. 838: «El acreedor a quien fue hecha la dación en pago goza de la garantía por los vicios de la cosa o del derecho transmitido, en los términos prescritos para la compraventa; pero puede optar por la prestación primitiva y la reparación de los daños sufridos».

(139) Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 558; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 324; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1991, p. 383; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», p. 1017; LATOUR, «Notas», pp. 637-638; COLIN y CAPITANT, *Curso*, IV, pp. 264-268; BEUDANT, *Cours*, XI, pp. 390-391; LE GUIDEZ, voz «Dation en paiement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (puesta al día en 1993), p. 3. VON THUR, siguiendo el parágrafo 365 BGB («Si es entregada —cedida— una cosa, un crédito contra un tercero u otro derecho en lugar del cumplimiento, el deudor ha de prestar el saneamiento, de la misma forma que un vendedor a causa de un vicio en el derecho o de in vicio de la cosa»), entiende que es la solución preferible —considerar cancelado definitivamente el crédito— para evitar que los fiadores sigan respondiendo en caso de vicios o defectos de la prestación, *Tratado*, II, p. 12.

(140) DE BUEN, notas a COLIN y CAPITANT, V, p. 299; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, pp. 784-785; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII (trad. por Díaz Cruz), La Habana, 1945, pp. 587-592; JOSSERAND, *Derecho civil*, II-1.º, pp. 716-719.

atribuye únicamente al acreedor la posibilidad de reclamar la prestación inicial, bajo la consideración de que el pago efectuado fue nulo de pleno derecho al no tener el deudor la libre disposición de la cosa (141) (cfr. art. 1160 C.C.) o entender que el convenio de dación debe ser anulado por estar viciado el consentimiento del acreedor por error o dolo (142). Es cierto, en todo caso, que alguna de la doctrina más reciente no tiene duda en atribuir al acreedor la opción entre el saneamiento y la prestación originaria (143).

Como nos recuerda PUIG BRUTAU (144), para llegar a soluciones adecuadas conviene partir sin apriorismos conceptuales o ficticios planteamientos acerca de la naturaleza jurídica de la dación en pago. La equiparación a la compraventa puede servir en algunos casos, pero en otros conduce a soluciones poco equitativas o razonables. Ha de atenderse esencialmente a la protección del interés del acreedor. Pero, este mismo punto de partida obliga a la búsqueda de soluciones flexibles y eminentemente prácticas.

No me cabe la menor duda de que consistiendo la *datio* en la transmisión de la propiedad de una cosa a título oneroso el acreedor podrá ejercitar las acciones que competen al comprador. Y no tanto por la mayor o menor identificación de la dación con la compraventa, cuanto porque las acciones de saneamiento son aplicables con carácter general a toda transmisión a título oneroso (145). El acreedor que ha perdido la cosa dada en pago por evicción podrá demandar al deudor con los efectos propios previstos en el art. 1478 C.C. Creo importante destacar que la eficacia del ejercicio de la acción, no obstante salvando los distintos contenidos, sería similar a la resolución del contrato sobre el cual recae la dación en pago. Por ejemplo, la doctrina italiana no tiene inconveniente en asimilar la acción de saneamiento por evicción a la resolución del contrato (146). De *lege data* e incidiendo en el sentido indicado, sería conveniente simplificar el sistema particular de acciones por responsabilidad contractual y arbitrar a favor del acreedor un cuadro general de medios de tutela frente al incumplimiento (147). Desde esta perspectiva, me parece aceptable la propuesta realizada de aproximar la acción de saneamiento por evicción a la resolución del contrato.

(141) Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, pp. 378-379.

(142) Cfr. BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.^o p. 137.

(143) CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 172-174; LEOTY, «La nature juridique», pp. 38-39; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, XI, p. 11. La misma solución mantenía históricamente POTHIER, *Tratado*, pp. 304-306.

(144) *Fundamentos*, I-2.^o, p. 322.

(145) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, XIX, pp. 279 y ss.

(146) Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milán, 1991, pp. 557-560.

(147) Sobre este particular y en el sentido de definir un cuadro simple y general de acciones en favor del acreedor para la tutela de su crédito frente al incumplimiento del deudor, recientemente puede verse PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 179 y ss.

El ejercicio de la acción de saneamiento por evicción deja sin efectos el contrato originario. No incide, pues, sobre el acuerdo de dación en pago, que conllevaría la exigibilidad de la prestación inicial, sino sobre la preexistente relación obligatoria para cuyo cumplimiento se ha pactado la dación (148). Por tanto, el contenido de la obligación del deudor (cfr. art. 1478 C.C.) viene determinado en referencia a la cosa que se transmite en pago del crédito inicial y que el acreedor pierde por evicción (149). Igualmente, de resultar el deudor de mala fe el resarcimiento de daños ha de valorarse en relación a la nueva prestación.

Tampoco es dudoso que de padecer la cosa dada en pago de vicios o defectos ocultos el acreedor dispondrá de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* (cfr. art. 1486 C.C.). El ejercicio de la acción redhibitoria tiene la misma eficacia práctica que la resolución del convenio de dación en pago: restablecimiento del crédito originario. La *quantum minoris*, siguiendo la regla general del Derecho alemán, supondrá el restablecimiento del crédito inicial en proporción o, en el caso de que la obligación se refiera a cosas no fungibles, ha de darse la correspondiente compensación en metálico (150).

Los remedios indicados sólo tienen lugar cuando la prestación en pago consista en un *dare* y la transmisión sea a título oneroso. El carácter oneroso o gratuito de la transmisión ha de observarse en relación a la obligación subyacente (151). La mera circunstancia de que la finalidad de la dación sea *solvendí causa* no prejuzga la onerosidad de la transmisión. La aplicación de tales remedios cuando la obligación del deudor proceda de un contrato gratuito llevaría a resultados injustos (152). Se dejan a salvo

(148) En el mismo sentido que el apuntado ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 253-255.

(149) Cfr. DI MAJO, *Adempimento*, pp. 351-352.

(150) ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, II-1.º, p. 321.

(151) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, pp. 321-322; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 433; FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 795-796. Contrariamente RIVERO extiende estos remedios al acreedor aunque el contrato inicial sea gratuito, salvo que la evicción hubiere afectado también al objeto inicial (*Elementos*, II-1.º, pp. 210-220). Con la salvedad apuntada por el autor se consigue el mismo resultado práctico, siempre que siendo el contrato gratuito y padeciendo el acreedor la evicción se permita a éste exigir la prestación originaria. ENNECERUS-LEHMANN extienden la garantía del comprador en todo caso, *Tratado*, II-1.º, p. 320, nota 3. En el Derecho portugués está claro que los medios previstos en el art. 838 del Código sólo son aplicables a la dación procedente de contrato a título oneroso, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, II, p. 181.

(152) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1989, p. 157.

los casos en que, como en la donación onerosa, se imponga al deudor la obligación legal de saneamiento (art. 638, *in fine*).

En todo caso, el acreedor que recibe una prestación viciada (vicio del título o de la cosa) y no pueda acudir a las acciones de saneamiento, dispondrá de la acción de cumplimiento, en la medida en que aún sea posible, o podrá reclamar el resarcimiento del daño (153). En uno y otro caso la acción se dirige con base en la prestación convenida en pago. No se trata sino de ampliar y extender al acreedor los medios de tutela generales frente al incumplimiento del deudor. De otra parte, no se olvide que mientras el convenio de dación en pago se mantenga vigente el cumplimiento del *aliud* (y en consecuencia, la responsabilidad por su incumplimiento) es preferente y se antepone a la prestación inicial. Es la consecuencia de dar plena eficacia obligatoria al negocio de dación en pago.

Alternativamente al ejercicio de las acciones de saneamiento (en su caso, acción de cumplimiento/resarcimiento del daño), el acreedor podrá optar por exigir la prestación inicial. Precisamente porque la dación en pago no implica novación de la obligación, ni modificación objetiva. (Creo, además, que tal medida es presu- puesta por el art. 1849 C.C. El sentido del precepto está en destacar que no obstante el acreedor padezca la evicción y reclame la prestación originaria, el fiador quedará liberado). A tal conclusión se llega bien a través del mecanismo resolutorio del convenio de dación en pago, bien por medio de la teoría de los vicios del consentimiento.

Que ante el incumplimiento del *aliud* o su cumplimiento defectuoso el acreedor puede resolver el contrato de dación es una premisa segura. La dación se configura como un negocio en el cual a cambio de la no exigibilidad por el acreedor de la prestación inicial, el deudor se obliga a ejecutar un *aliud*. Surgen obligaciones para ambas partes (154). Y existe incumplimiento negocial, tanto cuando el deudor no ejecuta la prestación convenida, como cuando ésta padece vicios o la ejecución no implica la transmisión de la propiedad de la cosa por carecer el deudor del poder de disposición sobre la misma (art. 1160 C.C.). El acreedor podrá resolver no sólo cuando pierda la cosa por evicción, sino en general cuando no llegue a adquirir la propiedad por no tener poder dispositivo el deudor. Lo mismo sucederá cuando no implicando el *dare* la transmisión de la propiedad, el acreedor pierda la posesión de la cosa antes del tiempo pactado por la acción ejercitada por un tercero (155).

(153) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 254-255.

(154) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 792-793.

(155) Bastaría decir, como señala DI MAJO (*Adempimento*, p. 352), que siendo la *datio in solutum* un contrato *sui generis* cuando el fin perseguido no se realiza revive la obligación originaria.

En cualquier caso, si el incumplimiento es imputable al deudor irá acompañada la acción resolutoria del resarcimiento de daños. El daño comprenderá esencialmente los perjuicios sufridos por el acreedor al no poder disponer de la prestación originaria al vencimiento inicialmente convenido (156).

La acción para reclamar la prestación originaria también se deduce de considerar que la dación puede quedar anulada por error o dolo. No hay duda que como negocio jurídico al convenio de dación en pago le son aplicables los vicios del consentimiento. El vicio oculto de la cosa o el carácter ajeno pueden estimarse como vicios invalidantes del consentimiento prestado por el acreedor (157).

La opción consagrada en favor del acreedor entre las acciones de saneamiento o la reclamación de la prestación originaria viene avalada por una consideración de política jurídica (158). Normalmente convendrá más al acreedor el ejercicio de las acciones de que dispone el comprador, por su mayor contenido indemnizatorio (cfr. art. 1478 C.C.). Ahora bien, a quien facilita el pago no se le debe hacer responsable del riesgo de una hipotética depreciación del valor de la cosa entregada en pago. En su caso, el acreedor siempre podrá optar por la reclamación de la prestación originaria para evitar los perjuicios de la devaluación.

Los medios de tutela del acreedor hasta aquí descritos tienen efecto en la medida en que lo convenido en pago sea una prestación de dar ¿Son aplicables estos remedios cuando la *datio in solutum* consiste en un *facere*? Evidentemente, la acción de saneamiento por evicción y vicios ocultos está excluida, ya que queda circunscrita a los supuestos de dar que impliquen una transmisión onerosa. Sin embargo, nada obsta a que el acreedor pueda servirse de las acciones generales para la protección del crédito frente al incumplimiento del deudor. Podrá tanto demandar el cumplimiento de la prestación en pago, como la prestación originaria. En ambos casos, acumulará a su acción el resarcimiento de daños, siempre que el incumplimiento sea imputable al deudor.

La demanda de la prestación originaria lleva implícita la restitución por parte del acreedor de aquello que ha percibido. Al quedar sin efecto el convenio de dación en pago, al crédito restitutorio a favor del deudor habrán de aplicársele analógicamente las reglas del cobro de lo indebido (cfr. arts. 1895 y ss. C.C.). Estas normas siempre estiman como hipótesis de base la restitución de una cosa. El problema es, tratándose de una prestación de hacer, cómo valorar el *quantum* de la restitución. Las respuestas posibles son dos: tomar como criterio de referencia el

(156) ZACCARIA, *La prestazione*, p. 261.

(157) Esta es la posición admitida por BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 137-138.

(158) Circunstancia apuntada ya por BEUDANT, *Cours*, XI, p. 391, nota 3.

valor del correspondiente eventualmente pactado o aplicar el valor de mercado de la prestación realizada. Este segundo criterio tiene inconvenientes. Si el acreedor estuviera obligado a devolver el valor de mercado de la prestación realizada, podría resultar un enriquecimiento injustificado para el deudor: caso de que dicho valor fuera notoriamente superior al correspondiente. El deudor (*solvens*) incrementaría su patrimonio con un valor superior al que espera conseguir sobre la base del contrato de dación. Por eso estimo preferible para delimitar el *quantum* de la restitución adoptar como criterio el valor del correspondiente eventualmente pactado, con las siguientes correcciones: a) el acreedor ha de devolver el valor del correspondiente cuando éste es inferior al valor de mercado de la prestación, b) en caso contrario, sólo estará obligado a restituir el valor de mercado de la prestación ejecutada en pago por el deudor (159).

Por fin, la dación en pago, como cualquier otro negocio, puede quedar afectada por alguna de las causas que implican la ineficacia contractual (rescisión (160), revocación, nulidad, acciones impugnatorias de la quiebra, retroacción). En todos estos casos, dejada sin efectos la dación, el acreedor podrá reclamar del deudor la prestación originaria. No se trata propiamente de un restablecimiento o reviviscencia de la prestación inicial (ya que, nunca desapareció), sino que, decaída la eficacia obligatoria del convenio, de nuevo deviene exigible. Otra cosa son las consecuencias que la exigibilidad de la prestación originaria tiene para los terceros constituyentes de garantía. De este asunto ya nos hemos ocupado en un apartado anterior.

VII. CONCLUSION: LA CONFIGURACION JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

7.1. Los rasgos característicos del negocio

El apoyo normativo para la admisión de la dación en pago se encuentra en el art. 1166 C.C. (161), que recoge el tradicional aforismo

(159) ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 271-273.

(160) Es insostenible mantener que no procede la rescisión porque el efecto extintivo de la dación es independiente del valor que tenga la cosa dada en pago (así, SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 433). Ha de admitirse la rescisión por fraude siempre que exista una desproporción entre el valor de la deuda y la prestación ejecutada en pago, que conlleve la insolvencia del deudor (por todos, LE GUIDEZ, «Dation en paiement», p. 2). Otra cosa es si la rescisión ha de afectar a la entera prestación ejecutada en pago (RODOTA, «Dazione in pagamento (dir. civ.)», p. 739) o únicamente al excedente del valor de la cosa dada *in solutum* respecto a la obligación originaria (GRASSETTI, voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, p. 175). Se inclina por la primera solución DI MAJO, *Adempimento*, p. 355.

(161) Recientemente se ha defendido una posición distinta al entender que el apoyo

romano *aliud pro alio invito creditori non potest*. La norma permite a contrario que acreedor y deudor puedan pactar en pago de la obligación la ejecución de una prestación distinta a la prevista. La dación será siempre un acto de naturaleza negocial (162). El cambio de la prestación en función de cumplimiento exige la concurrencia de voluntades de acreedor y deudor. La eficacia del acuerdo precisa la capacidad de ambas partes y la ausencia de vicios del consentimiento.

La analogía funcional que guarda la dación con el pago no puede servir de base para negar su carácter negocial (163). Precisamente porque no es pago o cumplimiento del programa previsto en la obligación, exige el consentimiento de ambas partes para que tenga plena eficacia extintiva. Argumento que se añade para rechazar la tesis que apoya en el art. 1166 la naturaleza negocial del pago (164).

El consentimiento del acreedor a la ejecución de una prestación distinta no puede entenderse como un mero requisito de eficacia para que el *aliud* provoque la extinción de la obligación (165). La no oposición del acreedor al *aliud* es un comportamiento consciente y voluntario, que implica su consentimiento en la formación, y no en la mera eficacia, de la relación negocial de la *datio in solutum*. Si la dación se justifica por la valoración de los intereses del acreedor y el deudor, es necesaria la concurrencia de ambas voluntades (bilateralidad) para la formación y constitución del negocio. Este carácter negocial de la dación la distingue perfectamente de la obligación facultativa. En la dación el cambio de la prestación exige un acuerdo previo; en la obligación facultativa, la ejecución *solvendi causa* de una prestación distinta a la prevista queda a voluntad de una de las partes (166).

normativo descansa en el pacto en contrario que autoriza el art. 1175 C.C. (SASTRE PAPIOL, *La dación en pago*, Barcelona, 1990, pp. 53 y ss. y 63 y ss.). Me parece una interpretación excesivamente forzada de la norma, que sólo hace referencia a la cesión de bienes. El pacto en contrario, como unánimemente se acepta, implica la compatibilidad entre cesión de bienes y renuncia a la parte del crédito no satisfecha.

(162) El carácter negocial se acepta sin ningún problema. Para Italia: PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA, Bolonia-Roma, 1975, pp. 90-96; RODOTA, «Dazione in pagamento», p. 737, para Francia: LEOTY, «La nature juridique», pp. 17 y ss.; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, pp. 7 y ss.; para Alemania, ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, II-1.º, p. 320; para España: HERNÁNDEZ GIL, «Comentario», pp. 235-236; COSSIO, *Instituciones*, p. 383; RIVERO, *Elementos*, II-1.º, pp. 217-218.

(163) CANTILLO, *Le obbligazioni*, *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, W. Bigiavi, Turín, 1992, p. 394.

(164) Cfr. BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 127.

(165) En tal sentido extensamente BISCONTINI, «Adempimento parziale e *datio in solutum*», *Rassegna di Diritto civile*, 1984, pp. 613 y ss.

(166) Así, expresamente LEOTY, «La nature juridique», pp. 17-18.

Como negocio bilateral de carácter patrimonial creo que también ha de aceptarse la calificación de la dación como contrato. Con mayor rigor, es un contrato extintivo. Que la finalidad de la dación sea la extinción de una obligación subyacente no obsta a calificarla como contrato. Algún autor ha pretendido ver en el art. 1254 C.C. un obstáculo a tal calificación: «... no cabe dicha calificación cuando se pretende someterla rígidamente a los principios ordenadores del contrato en nuestro ordenamiento: negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones (167)». De ahí que no creando la dación en pago una nueva obligación (sino todo lo contrario) se rechace su carácter contractual. Al margen de carecer el art. 1254 C.C. de valor normativo (168), ha de destacarse que es hoy opinión prácticamente unánime en la doctrina que la expresión del precepto «consienten en obligarse» no ha de entenderse unilateralmente en el sentido de crear una relación obligatoria (169). Consentir en obligarse ha de traducirse por quedar vinculadas las partes por lo pactado en el contrato, sea lo establecido en la obligación la creación de una obligación o bien la modificación o extinción de una preexistente. El art. 1254 C.C. no establece un criterio restrictivo del concepto de contrato, invalidando como tales a todos aquellos negocios bilaterales que no sean fuente de obligaciones. No existe, por tanto, dificultad para acoger en nuestro ordenamiento la definición mucho más precisa de contrato que suministra el art. 1321 *Codice*: «El contrato es un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial». Ha de tenerse en cuenta, además, que dentro de tal noción entra plenamente el acuerdo de acreedor y deudor por el que, para extinguir una previa obligación, pactan una prestación distinta a la prevista. Por tal pacto las partes quedan obligadas a ejecutar y aceptar un *aliud* en pago de una obligación preexistente.

Muy relacionado con lo anterior está la discusión acerca del carácter real o consensual de la dación en pago (170). Claro que admitida la naturaleza contractual de la dación en pago muy importantes

(167) BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, p. 134. En sentido dubitativo, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento*, pp. 372-373.

(168) CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, p. 169.

(169) Ver, por todos, ATAZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaldejo y Díaz Alabart, XVII-1.º A, Madrid, 1993, pp. 56 y ss.

(170) El carácter real de la dación en pago es la tesis dominante en Francia: LE GUIDE, «Dation en paiement», p. 3; MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Les sûretés*, p. 421; LEOTY, «La nature juridique», p. 35; GHOZI, *La modification*, pp. 89-90, 106-107; ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur Civil*, p. 10. En Italia ha sido la tesis tradicional (RODOTA, «Dazione in pagamento», p. 737; GRASSETI, «Datio in solutum», p. 174), pero en la actualidad ha triunfado la perfección meramente consensual (ZACCARIA, *La prestazione*, pp. 10 y ss.; CARRESSI, *Il contratto*, II, pp. 890-895; PERLINGERI, *Dei modi*, pp. 91-92).

argumentos hay que tener para considerar que su perfección es una excepción al principio de libertad de forma de nuestro ordenamiento (cfr. arts. 1258 y 1278 C.C.). Es cierto que la formación *ex re* explica con relativa sencillez los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distribuye adecuadamente los riesgos y da cumplida cuenta del momento de extinción de la fianza según el art. 1849 C.C. Sin embargo, como ya hemos analizado en este estudio, estos problemas también reciben una respuesta adecuada considerando al contrato meramente consensual, tampoco en este caso disminuye la protección del acreedor.

Varias razones han fundamentado que la doctrina considerara tradicionalmente que la dación en pago sólo se perfeccionará con la ejecución de la prestación. Hay una de carácter general (171): la dación en pago tiene lugar en el momento ejecutivo de la obligación, de modo que en la práctica perfección y ejecución se realizan en un breve espacio de tiempo. Y en particular, se apunta que al ser la dación un medio liquidatorio del crédito no puede entenderse perfeccionada sino cuando se consigue el fin para el cual ha sido prevista (172). El carácter real viene exigido porque la *datio in solutum* como modalidad de pago sólo tendrá efectos liberatorios para el deudor cuando efectivamente se ejecute (173).

Los argumentos se repiten, aunque de otra forma y ajustándolos a nuestro Derecho, por BERCOVITZ (174), claro exponente de la perfección *ex re* del contrato. Dice el autor que tal formación del contrato es lo que mejor se ajusta al art. 1166 C.C. y a la voluntad de las partes. «El artículo 1166 apunta claramente al momento del pago ... y parece lógico entender que el acreedor acepta el cambio porque éste permite, y ya, la satisfacción de su interés» (175).

Ninguno de los argumentos me parecen concluyentes. Si el art. 1166 apunta al momento del pago es porque la norma recoge el principio de identidad del pago. Sin embargo, la *datio in solutum* desplaza al pago; no se cumple el programa establecido en la obligación. Por la dación, acreedor y deudor acuerdan una forma liquidatoria del crédito distinta de la prevista. El cambio exige el mutuo consentimiento. Y no

(171) En este sentido, CARRESSI, *Il contratto*, II, p. 893.

(172) Así, entre otros, LEOTY, «La nature juridique», pp. 35-36.

(173) MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, II, Milán, 1947, p. 342; BARBERO, *Sistema del derecho privado*, III (trad por S. Sentís Melendo). Bs. As., 1967, pp. 44-45; SERRANO ALONSO, «Consideraciones», p. 428.

(174) *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 134-135.

(175) La perfección *ex re* es defendida entre nosotros por ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, pp. 154-155; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, I-2.º, p. 323; CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 169-170; LATOUR, «Notas», p. 636; GUTIÉRREZ SANTIAGO, «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», p. 914; GIL RODRÍGUEZ, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», p. 242.

hay razón para considerar que desde que las partes prestan el consentimiento no hayan de estar obligadas a liquidar la obligación de la nueva forma pactada. Otra cosa es que el efecto extintivo quede relegado a la efectiva ejecución de la nueva prestación convenida. Que el acreedor quede obligado a aceptar en pago una prestación distinta no quiere decir que desde ese mismo momento quede extinguida la obligación (lo que implicaría no una dación en pago, sino una novación). La satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor sólo tendrá lugar por la realización de lo convenido en pago, subsistiendo hasta entonces, sin novación, ni modificación, íntegramente la obligación (el crédito y todos sus accesorios) respecto a la cual se facilita su cumplimiento al deudor.

Creo, además, que la formación *ex re* del contrato confunde los momentos de perfección y ejecución (176). Independientemente del carácter residual de la categoría de los contratos reales, ha de observarse que en éstos la entrega de la cosas es eficaz para la formación del contrato y la creación de la obligación (177). Sin embargo, en la *datio in solutum* la ejecución del *aliud* implica la extinción de la obligación. La *traditio* en los contratos reales es requisito de perfeccionamiento, mientras que en la dación es ejecución de una obligación. Además, ha de recordarse que en la dación la prestación puede ser tanto un *dare*, como un *facere* o *non facere*. Es el cumplimiento de la nueva prestación lo que determina la extinción de la obligación y no la voluntad de las partes de considerar extinguida la obligación con la ejecución del *aliud*.

Admitir el carácter consensual del contrato no implica, como habitualmente se suele objetar (178), identificar la dación en pago con la novación o la modificación objetiva de la obligación. Son claras las diferencias si se atiende a la finalidad perseguida por los distintos negocios. Pero es que, además, el convenio de dación no altera la obligación subsistente. Su vigencia se subordina a la eficacia de la relación obligatoria, como un medio satisfactorio del interés del acreedor distinto al cumplimiento. El negocio de dación no pasa de ser un acuerdo instrumental y ejecutivo de la obligación preexistente.

(176) Según importante doctrina los términos de la confusión se remontan a una mala interpretación de POTHIER (*Tratado*, pp. 303-306). El autor cuando se refiere a la entrega de la cosa como necesaria para la dación en pago, no lo hace en relación a que el contrato se perfeccione, sino para que pudiera darse la transmisión de la propiedad. Así, ZACCARIA, *La prestazione*, p. 61-62; BRECCIA, *Le obbligazioni*, p. 557.

(177) Sobre el particular, BISCONTINI, «Adempimento parziale», pp. 626-628.

(178) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, p. 155; CRISTÓBAL MONTES, *El pago*, pp. 166 y ss.; BERCOVITZ-VALLADARES, *Comentarios*, XVI-1.º, pp. 133 y ss.

De otro lado, la perfección *merus consensus* ha sido reconocida implícitamente por la jurisprudencia. El TS no ha tenido inconveniente en repetidas ocasiones en estimar la demanda presentada por el acreedor de cumplimiento del acuerdo de dación en pago y consiguientemente condenar al deudor a ejecutar el *aliud* (179). El presupuesto para la estimación de la demanda no puede ser otro sino el reconocimiento de la eficacia obligatoria del negocio desde el momento de la prestación del consentimiento de las partes. Tampoco el hecho de que el contrato habitualmente sea manual (perfección y ejecución se celebran en el mismo instante) puede contradecir su naturaleza consensual (180).

Comparto en líneas generales la construcción de la dación en pago trazada por FERNÁNDEZ NOVOA (181) como contrato atípico y bilateral. Es preciso distinguir la formación del contrato de su ejecución. La perfección del contrato ni altera, ni modifica la obligación, se añade a ella como una nueva fórmula solutoria de la obligación (182). Por el carácter vinculante que tiene el acuerdo, la ejecución de la prestación *in solutum* es preferente a la prestación originaria como medio extintivo de la obligación. Pero, por ser un mero contrato de ejecución, su vigencia y eficacia está subordinada al mantenimiento del contrato base. Por el acuerdo de dación en pago deudor y acreedor quedan respectivamente obligados a ejecutar y aceptar en pago el *aliud* convenido. Ahora bien, sólo la ejecución de lo convenido en pago conlleva la extinción de la obligación. La ejecución del *aliud* implica cumplimiento del contrato de dación y extinción de la obligación subyacente.

7.2. Causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio de dación en pago

Por fin, para una mayor precisión sobre la configuración jurídica y el régimen de efectos de la dación en pago creo conveniente analizar el problema de la causa del contrato. Resulta esclarecedora a este propósito la tripartición que realiza DIEZ-PICAZO (183) entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato. En las líneas que siguen me atengo al pensamiento de este autor.

(179) Entre otras, SS. TS. de 22 de octubre de 1914, 7 de enero de 1944, 26 de octubre de 1970, 25 de mayo de 1971; Resolución DGRN de 13 de mayo de 1936.

(180) FERNÁNDEZ NOVOA, «Naturaleza jurídica», pp. 790-791.

(181) «Naturaleza jurídica», p. 784 y ss.; aceptan también esta construcción: DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 555-558; MARTÍN GARCÍA, «Consideraciones», pp. 1012 y ss.; recientemente ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, II, pp. 176-182.

(182) Como contrato autónomo dirigido al cumplimiento de una obligación, sin que pueda identificarse con la novación o la modificación, DI MAJO, *Adempimento*, pp. 342 y 347.

(183) *Fundamentos*, I, pp. 232-236.

Por causa de la atribución ha de entenderse la razón por la cual el atributario está facultado para recibir la atribución. El fundamento que autoriza al acreedor a exigir y recibir el *aliud* es el acuerdo alcanzado con el deudor en vistas a facilitar el cumplimiento de la obligación. La causa de la atribución es el propio convenio de dación en pago. En este sentido, se puede admitir con la opinión común de la doctrina, que la atribución en la dación en pago es siempre *solvendi causa*. Precisamente porque el negocio que autoriza tal atribución (ejecución del *aliud*) no tiene otra finalidad sino ejecutar y liquidar una subyacente obligación entre las partes. Ahora bien, la finalidad *solvendi causa* no prejuzga la onerosidad o no de la prestación. El carácter oneroso o gratuito ha de valorarse en referencia a la relación obligatoria básica y dentro del análisis de la causa del contrato.

La causa de la obligación se identifica con la fuente de la obligación. Dice el mencionado autor que «*causa debendi* es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación». La causa de la obligación en la dación en pago (el fundamento por el que resultan obligados deudor y acreedor a ejecutar y aceptar en pago el *aliud*) es el contrato. De ahí, que *prima facie* haya de mantenerse que la ejecución del *aliud* es pago o cumplimiento de la obligación de dar en pago del contrato de dación.

La causa del contrato es la pregunta sobre el por qué se realiza, cuál es su causa eficiente. Habrá de distinguirse entonces entre los negocios que tienen su causa en otros anteriores (negocios ejecutivos) y aquéllos que tienen su causa en sí mismos (negocios iniciales). El análisis de la causa en los negocios de ejecución exige examinar el negocio anterior o subyacente que le sirve de fundamento (184). Además, habrá de averiguarse el sentido y finalidad del nuevo negocio que es ejecución del anterior. La pregunta por la causa en la dación en pago se desdobra en dos interrogantes: a) la finalidad que persigue el propio negocio de dación (*solvendi causa*), y b) sentido y alcance del negocio preexistente y para cuyo cumplimiento las partes convienen la dación.

Esta descripción de la estructura de la causa en la dación en pago permite observar con mayor claridad algunas de las conclusiones que se han ido destacando en el estudio. En primer lugar, dación en pago y obligación preexistente están causalmente enlazadas, de ahí que toda irregularidad de la situación básica haya de repercutir sobre el negocio ejecutivo. Véase desde este punto de vista el problema de la distribución de los riesgos, la nulidad o anulabilidad, la simulación, etc. En segundo lugar, que la *causa solvendi* del contrato de dación en pago no predetermina de forma unívoca los medios de tutela que tiene el acreedor frente al incumplimiento. Las acciones de protección del acreedor

(184) Recientemente, en el mismo sentido propuesto, DI MAJO, *Adempimento*, pp. 347-348.

de su derecho de crédito variarán en atención a cómo se configure su posición en la relación obligatoria subyacente. La onerosidad o gratuidad y, en consecuencia, los remedios de que dispone el acreedor, han de valorarse en relación a la situación jurídica básica o inicial. Por fin, que el pago efectuado por el deudor en cumplimiento del contrato de dación en pago queda sometido a la posible impugnación por los restantes acreedores del deudor común, siempre que se cumplan los requisitos del fraude de acreedores. La existencia del fraude ha de ser apreciada, en todo caso, tomando como referencia el valor de la prestación originaria.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1989.
- ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993.
- ANTUNES VARELA, J.M.: *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992.
- ASTUTI, G.: voz «Dazione in pagamento (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962, pp. 727 y ss.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1254», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVII-1.º A, Madrid, 1993.
- AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit civil français*, III (1869) y IV (IX71), París.
- BARBERO, D.: *Sistema de Derecho privado*, III (trad. por S. Sentís Melendo), Bs. As., 1967.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit civil*, II, París, 1905.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E.: «Comentario a los artículos 1166 y 1175 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 1175 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, dir. por PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, II, Madrid, 1993.
- ID.: «Comentario a la sentencia de 13 de mayo de 1983», *CCJC*, n.º 2, 1983, pp. 601 y ss.
- BEUDANT, CH.: *Cours de Droit civil français*, VIII y XI, París, 1936.
- BISCONTINI, G.: «Adempimento parziale e datio in solutum», *Rassegna di Diritto civile*, 1984, pp. 613 y ss.
- BLASCO GASCÓ, F.: *Derechos reales y Derecho hipotecario registral*, coord. por López, A. y Montés, V., Valencia, 1994.
- BO, G.: Voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto italiano*, V, Turín, 1938, pp. 1122 y ss.
- BONET RAMÓN, F.: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1944, pp. 147 y ss.
- BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, Milán, 1991.
- CANTILLO, M.: *Le obbligazioni, Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, W. Bigiavi, Turín, 1992.

- CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1991.
- CARRESI, F.: *Il contratto*, II, *Trattato CICU-MESSINEO*, Milán, 1987.
- CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- CICCAGLIONE, F.: Voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, VI-2.º, Milán, 1903.
- COBACHO GÓMEZ, J.A.: *Estudios sobre la Ley de arrendamientos rústicos*, Murcia, 1982.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.
- DE BUEN, D.: «Notas» a COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, IV (1981) y V (1955), Madrid.
- DELEBECQUE, PH.: voz «Cautionnement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (1991).
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986.
- DELSOL, J.J.: *Explication élémentaire du Code Civil*, II y III, París, 1885.
- DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, XXVII, París, 1881.
- DI MAJO, A.: *Adempimento in generale, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, arts. 1177-1200, Bolonia-Roma, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I y II, Madrid, 1993.
- ENNECERUS, L. y LEHMANN, H. *Tratado de Derecho civil*, II-1.º (trad. y not. de Pérez González y Alguer), Barcelona, 1954.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C.R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *ADC*, 1957, enero-marzo, pp. 753 y ss.
- FÍNEZ, J.M.: «La prórroga como causa de extinción de la fianza», *RJN*, 1993, pp. 71 y ss.
- ID.: «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor», *RCDI*, 1993, pp. 9 y ss.
- FRAGALI, M.: *Delle obbligazioni, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, arts. 1936-1959, Bolonia-Roma, 1968.
- FUENTES LOJO, J.V.: *Nueva Suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1994.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario a los artículos 1445 a 1541», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III-IV, Madrid, 1852.
- GHOZI, A.: *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, París, 1980.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1989», *CCJC*, n.º 19, pp. 227 y ss.
- GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones*, VII (trad. por E. Dato), Madrid, 1912.
- GRASSETI, C.: voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios a los artículos 1849 y 1859 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XXIII, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: «Comentario a la sentencia de 19 de octubre de 1992», *CCJC*, n.º 30, 1992, pp. 905 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: «Comentario a la jurisprudencia civil», *RGLJ*, 1945, pp. 235 y ss.
- ISSA-SAYEGH, J.: «Contrats et obligations. Extinction des obligations», *Juris Classeur Civil*, XI (puesta al día en 1993), pp. 6 y ss.
- JORDANO BAREA, J.B.: *Los contratos atípicos*, Madrid, 1953.
- JOSSERAND, L.: *Derecho civil*, II-1.º (trad. por Chunchillos y Manterola), Bs. As., 1950.

- LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», *RDP*, 1953, pp. 625 y ss.
- LE GUIDEC, R: voz «Dation en paiement», *Encyclopedie Juridique Dalloz*, II (puesta al día en 1993), pp. 1 y ss.
- LEOTY, D.: «La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?», *RTDC*, 1975, pp. 12 y ss.
- LOCRE, M.: *Legislation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VII, Bruselas, 1836.
- LONGO, E.L.: voz «Datio in solutum», *Novissimo Digesto italiano*, V, Turín, 1957, pp. 172 y ss.
- MACIOCE, F.: «Commentario all'art. 1197», *Commentario al Codice civile*, IV-1.º, P. Cendon, Turín, 1991.
- MALAUURIE, PH. y AYNES, L.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1992.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *RCDI*, 1987, pp. 977 y ss.
- MARTÍNEZ VALENCIA, J.: *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: «Las obligaciones facultativas en el Derecho español», *ADC*, 1972, pp. 475 y ss.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. y JESTAZ, P.: *Les obligations*, II, París, 1989.
ID.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1987.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: «La dación en pago», *RDN*, 1975, pp. 79 y ss.
- MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, II, Milán, 1947.
- MICCIO, R.: *Il diritto di credito*, I, Turín, 1982.
- MIRABELLI, G.: *Contratti speciali, il Diritto civile italiano*, XII-2.º, Nápoles-Turín, 1915.
- MOULY, Ch.: *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Cesión de créditos», *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990.
ID.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 1719 y ss.
- PASCUAL ESTEVILL, L.: *El pago*, Barcelona, 1986.
ID.: «La dación en pago», *RCDI*, 1986, pp. 1109 y ss.
- PAZ-ARES, C.: «La llamada reinversión de dividendos», *RGD*, oct.-nov., 1992, pp. 10079 y ss.
ID.: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993.
- PERLINGERI, P.: *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, Bolonia-Roma, 1975.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Traité pratique de Droit civil français*, XI, París, 1954. ID.: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII (trad. por Díaz Cruz), La Habana, 1945.
- POTHIER, R.J.: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841.
ID.: *Traité des obligations*, I, París, 1825.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, 1988.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985.
- RODOTÀ, E.: Voz «Dazione in pagamento (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Milán, 1962.
- ROGRON: *Code Civil expliqué*, II, París, 1877.

- RUIZ-RICO, RUIZ-MORÓN, J.: «Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», *RDP*, 1988, pp. 114 y ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», *RGD*, mayo, 1993, pp. 4701 y ss.
- SANCHO REBULLIDA, F.: «Comentario al artículo 1204 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart, XVI-1.º, Madrid, 1991.
- SANTOS BRIZ, J.: «Notas» a HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, III, Madrid, 1958.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, 1990.
- SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953.
- SECHI, O.: voz «Datio in solutum», *Enciclopedia giuridica italiana*, IV, Milán, 1911, pp. 172 y ss.
- SERNA MEROÑO, E.: «Comentario a la sentencia de 14 de septiembre de 1987», *CCJC*, n.º 15, 1987, pp. 4993 y ss.
- SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *RDP*, 1978, pp. 416 y ss.
- SERRANO GARCÍA, L.: «Observaciones acerca de la dación en pago», *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990.
- SIMLER, PH., y DELEBECQUE, PH.: *Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1989.
- SIMLER PH.: voz «Cautionnement», *Juris Classeur Civil* (1991).
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario al artículo 1067», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por Albaladejo, XIV-2.º, Madrid, 1989.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», *RDP*, 1982, pp. 643 y ss.
- VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, II (trad. por W. Roces), Madrid, 1934.
- ZACCARIA, A.: *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milán, 1987.

