

ACERCA DE LA *DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA* EN EL DERECHO ROMANO, EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA Y EN LOS CÓDIGOS CIVILES IBEROAMERICANOS*

JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGUÉS**

Resumen: El artículo trata sobre el origen y la naturaleza de la dación en pago como forma de extinción de las obligaciones en el Derecho Romano y aborda, particularmente, la *datio in solutum necessaria* en la que el deudor insolvente ofrece al acreedor una prestación distinta de la debida, la cual ha de ser aceptada necesariamente por éste por disposición de la ley. La dación en pago necesaria nace en la legislación de Justiniano y se recibe en la tradición jurídica europea medieval y moderna. Sin embargo, la codificación civil europea del siglo XIX, basada en principios liberales, no aceptó la dación en pago necesaria que sí fue recogida de un modo limitado en algunos códigos civiles iberoamericanos.

Palabras clave: *Datio in solutum necessaria, aliud pro alio, beneficium dationis in solutum, venerabiles domus*, codificación civil iberoamericana.

Abstract: The article deals with the origin and the nature of the dation in payment as a means to extinguish the obligations in Roman Law and refers particularly to the *datio in solutum necessaria* when the insolvent debtor offers to the creditor a different payment from the one that is due. In such a case the creditor, in accordance with the law, is compelled to accept the latter. The dation in payment necessary was issued in the legislation of Justinian and is to be found in the medieval and modern european juridical tradition.

However, the european civil codification of the XIX century based of liberal principles did not accept the dation in payment necessary which nevertheless was included in a limited way in some latin american civil codes.

Keywords: *Datio in solutum necessaria, aliud pro alio, beneficium dationis in solutum, venerabiles domus*, latin american civil codification

SUMARIO: I. LA DATIO IN SOLUTUM COMO MODO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO; II. LA DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA: ORIGEN Y FUENTES EN EL DERECHO ROMANO; III. LA DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA; IV. LA DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES IBEROAMERICANOS.

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2010.

Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2010.

** Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de correo electrónico: josemaria.blanch@uam.es.

I. LA DATIO IN SOLUTUM COMO MODO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO ROMANO

Como sabemos, con el término “*solutio*” se indica en Derecho Romano la forma normal de extinción de las obligaciones mediante el cumplimiento por el deudor de la prestación prometida al acreedor en los términos exactamente convenidos (D. 50,16,176; Ulp. 45 Sab.)¹. Ahora bien, junto a lo anterior, se abrió paso a la posibilidad de que el deudor que no podía cumplir la obligación que asumió, procurase al menos la *satisfactio* del acreedor ofreciéndole la realización de una prestación distinta de la debida (*datio in solutum*), lo que, a su vez y en todo caso, había de ser voluntariamente aceptado por este último².

Las fuentes literarias latinas nos refieren casos documentados de *datio in solutum* en época de la República siendo razonable pensar que este modo de extinción de las obligaciones sería entonces ampliamente utilizado por los romanos en sus usos y costumbres³.

¹ “... *Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*”.

² Siguiendo la reciente exposición de SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, pp. 128 ss., vemos que en las fuentes romanas se comprenden dentro del *aliud pro alio* no sólo supuestos de entrega de *res* por *pecunia* sino también numerosos casos, entre otros, de entrega de *res pro re*, de *pecunia pro re*, de *facere pro pecunia* o *pro re*, e incluso de crédito (*nomen*) *pro re* o *pro pecunia*. Sobre esta materia, también BLANCH NOUGUÉS, J. M.^a, “Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (*datio in solutum*) en Derecho Romano”, en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 13 (diciembre), Madrid, 2009, donde se aborda particularmente la cuestión de la eficacia *ope exceptionis* o *ipso iure* de esta forma de extinción de las obligaciones.

Además de los Autores que citamos a lo largo de este artículo, podemos aportar la siguiente reseña bibliográfica relativa a la *datio in solutum* en Derecho Romano: DE FRANCISCI, P., *L'evizione della "res data in solutum" e i suoi effetti*, Pavia, 1915; ID., “La dottrina bizantina della “*datio in solutum*” di fronte al materiale papirologico”, en *Aegyptus. Rivista italiana di egittologia e di papirologia*, I, Milano, 1920, pp. 302 ss.; ALLARA, M., “La prestazione in luogo di adempimento (*datio in solutum*)”, *AUPA*, 13, Palermo, 1927, pp. 226 ss.; SOLAZZI, S., “Note minime sulla *datio in solutum*”, *R.I.L.*, 61, Milano, 1928, pp. 341 ss.; RICCA-BARBERIS, M., *L'evizione nella “datio in solutum”*, *R.I.S.G.*, 6, Roma, 1931, pp. 3 ss.; PAOLI U. E., “La *datio in solutum* nel diritto attico”, en *Studi italiani di filologia classica (S.I.F.C.)*, vol. 10, fasc. 3, 1933, pp. 181 ss.; ID., “*Datio in solutum* (Diritto Attico)”, *N.N.D.I.*, 5, Torino, 1968, pp. 172-173; MONIER, R., “Quelques remarques, a propos de la dation en paiement en droit romain”, en *Festschrift Hans Lewald*, Basel, 1953, pp. 115 ss.; LONGO, G., “*Datio in solutum* (Diritto Romano)”, *N.N.D.I.*, 5, Torino, 1968, p. 173; MUSUMECI, F., “Marciano e gli effetti della “*datio in solutum*” (Osservazioni su D. 46,3,46)”, *IURA*, 20, Napoli, 1969, pp. 524 ss.; NARDI, E., Rec. a Harder, M., “Die Leistung an Erfüllungs Statt (*datio in solutum*) [Berliner Juristische Abhandlungen, 29], Berlin, 1976, en *IURA*, 27, Napoli, 1976, pp. 177-178; EMUNDS, Ch., *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007; SACCOCCIO, A., “Compravendita e “*datio in solutum*”, en A.A.V.V., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, pp. 629 ss.

³ Consideraba STEINER H., *Datio in solutum*, München, 1914, pp. 45 ss. y 77 ss. (cit., SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio*... cit., p. 12), que en época arcaica la *solutio* no sería otra cosa que la liberación de la responsabilidad del deudor que sucedía siempre mediante el pago de una suma de dinero, cualquiera que fuese el objeto del débito. Por tanto, cuando *Schuld* y *Haftung* (débito y responsabilidad) no estaban aún unidas, la *datio in solutum* no existía como institución autónoma; sólo después <añadimos nosotros, a finales de la República o ya en época clásica> la *solutio* se habría limitado exclusivamente al “*eius quod debetur*” con lo que nació la *datio*

MELILLO⁴ coloca así el origen socio-económico de la *datio in solutum* en un ámbito fundamentalmente agrario, en el que sucedería muchas veces que campesinos libres se verían obligados a hacer frente al pago de sus deudas de dinero por medio de entregas en especie, fundamentalmente de trigo, lo cual habría dado origen, a su vez en la práctica jurídica, a la configuración de la acción judicial que aparece denominada “*condictio triticaria*” en el edicto del pretor⁵.

La jurisprudencia romana clásica enmarcó sistemáticamente la *datio in solutum* entre los modos de extinción de las obligaciones que dan lugar a la *satisfactio* del acreedor. A este respecto, MELILLO⁶ puso de relieve que las fuentes utilizan el término “*solvere*”, tanto para referir el cumplimiento exacto de la prestación que constituye el objeto de la obligación como para aludir a cualquier otra forma de liberación del deudor. No obstante, vemos que aunque efectivamente se da en las fuentes una confusión terminológica entre “*solutio*” y “*satisfactio*” respecto del cumplimiento de la obligación al menos en un sentido amplio de extinción de la misma, lo cierto es que, como advierte el propio MELILLO⁷, la expresión “*datio in solutum*” no aparece ni en el Digesto ni en otros escritos jurisprudenciales y que es muy limitado el uso de “*datio*” en la jurisprudencia clásica. Por el contrario, señala que el cambio convencional del objeto obligado es referido co-

in solutum para el supuesto de que el deudor no pudiese cumplir su prestación pero intentase dar satisfacción al acreedor mediante la realización de otra distinta.

⁴ A tenor de la exposición de MELILLO, G., *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, pp. 136 ss., vemos que el cambio de una prestación por otra en las relaciones obligatorias (“*aliud pro alio*”) debía ser usual en época republicana, y así señala el Autor que se hace referencia a supuestos del mismo en *Cato, de agric.* 146,2, (III-II a.C.), en la *lex de Gallia Cisalpina (... neque id solvet satisve faciet...;* 21,14-19) (s. I a. C.) y en la *Tabula Heracleensis (... non solverit neque satisfecerit...;* 40-45) (s. I a. C.). SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* cit., pp.16 ss., ha criticado recientemente estos postulados y no cree que estas fuentes estuviesen estableciendo realmente supuestos de *aliud pro alio*. No obstante, este Autor reconoce también que el *aliud pro alio* debió estar muy generalizado en la práctica en época de la República como resulta de Tito Livio, 26,35,1-4, en donde refiere un préstamo solicitado a los ciudadanos romanos por el Senado en el 210 a. C. para hacer frente a los desastres causados por Aníbal en el curso de la segunda guerra púnica (218-201 a. C.): el préstamo debía devolverse en tres plazos, y sucedió que no hubo problemas respecto a los dos primeros, mientras que en el tercero surgieron dificultades financieras que determinaron la imposibilidad de hacer frente al pago del mismo (Tito Livio, 29,16,1-3). Fue entonces cuando el Senado, ante las protestas de grupos de ciudadanos que reclamaban la devolución de sus créditos, ofreció en pago la entrega de fincas situadas en las cercanías de Roma (*ager trientabulis fruendus datus, “trientabula”*), lo cual sí fue aceptado por dichos ciudadanos descontentos. SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* cit., pp. 20 ss.; ID., “Finanze e debito pubblico nel III a. C.: i c.d. *trientabula*”, INDEX, 32, Napoli, 2004, pp. 319 ss.

⁵ MELILLO, G., *In solutum dare*, cit., p. 138, pone de relieve que esta práctica tendría su correspondiente cauce jurídico a través del edicto pretorio “*si certum petetur*” que creaba una acción cuya posible fórmula-guía mencionaba al *triticum* (trigo) como bien primario de la economía romana; dicho edicto fue llevado por los compiladores justinianos al título 3 del libro 13 del Digesto, precisamente bajo la rúbrica: “*de condictioe triticaria*”. A este respecto el Autor cita a LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, pp. 239 ss.; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 256, nt. 55 y 56; VON LÜBTOW, U., *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltenden Recht*, Berlin, 1952, pp. 136 ss.

⁶ MELILLO, G., *In solutum dare...* cit., pp. 1 ss.

⁷ MELILLO, G., *In solutum dare...* cit., pp. 134-135.

múnmente a través de locuciones como “*aliud commutare*”, “*aliud pro alio permutare*”, o “*in quantitatem debiti satisfacere*”. Asimismo, destaca SACCOCCIO refiriéndose a las fuentes que “en la dialéctica entre *solvere* y *satisfacere* es el primero el que se une al cumplimiento exacto y el segundo a aquél equivalente”. En este sentido, el Autor señala que la expresión “*datio in solutum*” utilizada así, en sustantivo, para referir la extinción de la obligación por medio de la realización de una prestación equivalente por el deudor, que es aceptada por el acreedor, no aparece nunca en las fuentes romanas sino que en ellas encontramos en realidad los términos “*solutio*” o “*solvere*” con el añadido de un calificativo que viene a matizar ese cumplimiento pareciendo indicar con ello que, aunque la prestación sustitutiva extingue la obligación, ciertamente no constituye en sí el cumplimiento exacto de la prestación debida. SACCOCCIO⁸ señala que en las fuentes no aparece la expresión “*datio in solutum*” sino otras como las de “*in solutum dare*”⁹, “*in solutum suscipere*”¹⁰, “*aliud pro alio (consentiente creditore)olvere*”¹¹, “*rem pro reolvere*”¹², “*pro eo quod debeo aliquidolvere*”¹³, “*rem pro pecuniaolvere*”¹⁴, “*pro soluto rem dare*”¹⁵, “*pro debitoolvere (dare)*”¹⁶, “*in solutum tradere*”¹⁷, “*pro debito accipere*”¹⁸, “*vice pretii dare*”¹⁹, “*pro pecunia dare*”²⁰, “*pro pecunia accipere*”²¹, “*aliud reddere*”²², “*aliud commutare*”²³, “*aliud pro alio permutare*”²⁴, “*in quantitatem debiti satisfacere*”²⁵,

⁸ SACCOCCIO, A., “*Datio in solutum: storia e dogmatica di una locuzione*”, en *FIDES HVMANITAS IVS, Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, 2007, pp. 4893 ss.; ID., *Aliud pro alio ... cit.*, pp. 4 ss. Asimismo cita a otros autores que también constataron que la expresión *datio in solutum* no se encuentra en las fuentes romanas: RÖMER, R., *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht* (Tübingen, 1866, reed., Aalen, 1970), p. 2; STEINER, H., *Datio in solutum*, cit., pp. 48 ss.; SOLAZZI, S., *L' estinzione dell' obbligazione nel diritto romano*, I, Napoli, 1935, pp. 154 ss. (p. 161); NARDI, E., “Radiografia dell’*aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*”, *B.I.D.R.*, 73, Milano, 1970, pp. 59 ss.

⁹ C. J. 4,10,6; C. J. 4,15,5; C. J. 4,44,9; C. J. 4,51,4; C. J. 5,71,15; C. J. 6,30,22,6; C. J. 7,45,8,1; C. J. 7,71,4,1; C. J. 8,13 (14),13; C. J. 8,19 (20),1,1; C. J. 8,30 (31), 3; C. J. 8,42 (43),10; D. 2,15,8,22; D. 4,4,40,1; D. 16,1,5; D. 41,3,4,17; D. 46,3,46,2; D. 46,3,60; D. 47,20,3,1.

¹⁰ C. J. 8,42 (43),16.

¹¹ *Gai.* 3,168; I. J. 3,29 pr.; D. 12,1,2,1.

¹² D. 13,15,1,5; D. 23,3,25; D. 46,3,46 pr.

¹³ D. 12,6,19,3.

¹⁴ D. 12,6,26,4.

¹⁵ C. J. 8,44,4; D. 13,7,24 pr.

¹⁶ C. J. 6,30,22,6; D. 46,3,46 pr.-1.

¹⁷ C. J. 4,35,14; C. J. 7,45,8 pr.

¹⁸ C. J. 4,35,22,2.

¹⁹ D. 44,4,4,31.

²⁰ *Gai. ep.* 2,10.

²¹ D. 3,6,1,4.

²² *Gai. ep.* 2,10.

²³ D. 2,15,8,24.

²⁴ D. 3,3,58.

²⁵ D. 13,7,24 pr.

“*accipere pignus pro pecunia*”²⁶, “*vicem solutionis continere*”²⁷, “*pro pecunia valere*”²⁸, “*rem pro re dare*”²⁹, “*pro pretio accipere*”³⁰.

En realidad, el empleo de la expresión “*datio in solutum*” surgió como producto de la tradición jurídica romanista en la Europa medieval y renacentista; incluso los glosadores boloñeses utilizaban aún expresiones tales como “*aliud pro alio solvere*”, “*dare in solutum*” o “*in solutum dare*”, pero no la de “*datio in solutum*”, y sólo Acursio (1185-1263) empleó esta última expresión en algunos casos aislados en los que “mediante la aproximación <de dicha forma de extinción de las obligaciones> hacia la compraventa, parece tal vez indicar una mayor conceptualización de la institución”³¹. Posteriormente, por lo que hace a los comentaristas, constatamos que mientras Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) no utilizó aún, prácticamente, la frase “*datio in solutum*”, ésta aparece ya colocada alternativamente con otras expresiones análogas en los escritos de Baldo de Ubaldis (1327-1400) y en los de Jasón del Maino (1435-1519), siendo ya dominante en las obras de juristas franceses del siglo XVI como Douaren (1509-1559) o Cuyacio (1522-1590) y, con carácter general, en la doctrina civilista europea de la edad moderna³².

II. LA *DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA*: ORIGEN Y FUENTES EN EL DERECHO ROMANO

Frente a lo referido en el apartado anterior nos encontramos ahora con una figura distinta en sus presupuestos y fines: la llamada *datio in solutum necessaria* que constituye un supuesto que podríamos calificar como de *ius singulare* en el que, atendiendo a las circunstancias del caso, el legislador dispone una solución dejando a un lado la voluntad del acreedor y, por tanto, ajena al principio de libertad contractual y de pactos en torno al que se articula en el Derecho Romano el régimen jurídico relativo a la extinción de las obligaciones. En efecto, como hemos visto, en la dación en pago romana debe darse, con arreglo a dichos principios, el consentimiento del acreedor ante el ofrecimiento formulado por el deudor de entregarle o de realizar a su favor un *aliud pro alio*³³. Dicha premisa se recibe a través de

²⁶ D. 50,1,36,1.

²⁷ D. 38,1,37,4.

²⁸ I. J. 3,25,2.

²⁹ D. 34,4,4,6 pr.

³⁰ D. 35,2,30,1; Nov. 4,3; Nov. 120,6,2.

³¹ SACCOCCIO, A., *Datio in solutum*... cit., pp. 4896-4897.

³² SACCOCCIO, A., *Datio in solutum*... cit., p. 4897.

³³ La clave se encuentra en la consideración de la *datio in solutum* no sólo como modo de extinción de las obligaciones sino también entendida como convenio entre el acreedor y el deudor que da lugar al cambio de objeto de la obligación. A este respecto BETTI, E., *Appunti di teoria dell' obbligazione*, Roma, 1958, pp. 314 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1962, pp. 464 ss. (cit., SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio*... cit., pp. 65-66) reconstruyó la evolución jurídica de la *datio in solutum* a lo largo de tres fases de la Historia del Derecho Romano: en época arcaica sería un acto que procura la *satisfactio* del acreedor que sustrae al deudor

la tradición jurídica europea en los ordenamientos jurídicos actuales³⁴. Sin embargo, en la

de la responsabilidad a la que estaría sujeto por el incumplimiento de la obligación; en época clásica la *datio in solutum* fue concebida como “un subrogado convencional de la “*solutio eius quod debetur*”, que tenía lugar en vez del cumplimiento”; y en época postclásica la *datio in solutum* aparece “como convención de un subrogado, dotada de efectos obligatorios y agrupada con negocios de carácter oneroso (como venta, permuta, o convenio de prenda) apta para generar una *actio empti utilis* en caso de evicción”. Por tanto, para BETTI, la *datio in solutum* postclásica sería entendida como un *contractus*, un negocio obligatorio, en virtud del cual en el puesto del débito primitivo subentra una obligación de venta de la *res* por un precio correspondiente al importe de aquel débito, a modo de facultad alternativa. Ahora bien, esta última concepción no habría suplantado la concepción clásica sino sólo se habría yuxtapuesto a aquélla.

³⁴ Concretamente, la doctrina civilista viene a afirmar en general la naturaleza contractual de la *datio in solutum* en nuestros ordenamientos jurídicos. Ahora bien, aún dentro de esta concepción, los autores se han manifestado tradicionalmente divididos entre diferentes puntos de vista sobre la naturaleza jurídica de la *datio in solutum*. Así, se han sucedido en Europa desde el siglo XIX diversas teorías como la que ha defendido, en línea con la tradición jurídica europea de base romanista, la configuración de la dación en pago como un contrato de compraventa, especialmente cuando se trate de una deuda de dinero, de tal manera que el *aliud pro alio* hace las veces de cosa –que puede ser, llegado el caso, objeto de evicción– cuyo valor equivale al débito en dinero a favor del acreedor; la que afirmó el carácter novatorio del convenio entre el acreedor y el deudor dirigido al cambio del objeto de la obligación con la consiguiente extinción de la misma y la creación de otra nueva; la que ha defendido aquel carácter novatorio pero sólo en el sentido de que modifica el objeto de la obligación y no da lugar a la extinción de ésta (SASTRE PAPIOL, S., *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Barcelona, 1990, p. 220); o la teoría que ha considerado a la dación en pago como una institución de naturaleza compleja (entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español*, III (7), Madrid, 1953, p. 257), puesto que parece revestir los caracteres de diferentes figuras jurídicas. Destacamos también la tesis sostenida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,- VALLADARES RASCÓN, E., “Comentario al art. 1166 del CC”, en *Comentarios al Código Civil dirigidos por M. ALBALADEJO*, t. XVI, vol. 1º, Madrid, 1991, pp. 117 ss., que entienden que en la dación en pago no estamos propiamente ante un contrato porque no va dirigida a la creación de nuevas obligaciones sino, más bien, ante un negocio jurídico oneroso examinado a modificar el modo de extinción de la obligación existente. En este última dirección, se ha manifestado un sector de la doctrina y jurisprudencia italiana (SACCOCCIO, A., “L’evizione nella c. d. *datio in solutum* dal diritto romano all’art. 1197 CO. 2 CC. IT. 1942”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, pp. 269 ss. (pp. 337 ss.), y bibliografía allí citada).

Por otro lado, la doctrina civilista española más reciente ha centrado también su discusión sobre la naturaleza consensual (según las reglas generales de los contratos en el Código Civil; arts. 1258 ss. CC – FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R., “Naturaleza jurídica de la dación en pago”, *Anuario de Derecho Civil*, 10,3, julio-septiembre, Madrid, 1957, pp. 753 ss.; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias* (6), Madrid, 2008, pp. 631 ss., entre otros) o real (que exige la efectiva ejecución o entrega del *aliud pro alio* para que se entienda perfeccionado el contrato de dación en pago; así, en esta dirección, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., “La dación en pago”, en *Extinción de las obligaciones* (dir., FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R.), Madrid, 1996, pp. 425 ss.) del convenio entre el acreedor y el deudor por el cual el segundo se obliga a realizar un *aliud pro alio* y el acreedor a aceptarlo.

En cualquier caso, estamos ante una figura que, como ha señalado SERRANO ALONSO, E., “Consideraciones sobre la dación en pago”, en *Revista de Derecho Privado*, LXII, Madrid, 1978, p. 421, ha sido “atormentada dogmáticamente” y en la que aparecen diferentes aspectos y elementos que han dado lugar a diversas argumentaciones en pro o en contra de las distintas teorías.

Sobre esta materia véase la reciente monografía de SERRANO CHAMORRO, M^a. E., *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Cizur Menor (Navarra), 2006 (y la completa bibliografía citada), en la que se resumen las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago. También destacamos la monografía que aborda este tema en el ámbito de la doctrina francesa actual: BICHERON, F., *La datio en paiement*, Paris, 2006.

llamada *datio in solutum necessaria* sucede precisamente lo contrario ya que el legislador atiende sólo a la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor y, fundamentalmente en beneficio suyo, arbitra un procedimiento judicial en el que impone al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*; de este modo, la dación en pago necesaria viene a sustituir por ley a la ejecución de los bienes del deudor en la vía judicial ordinaria y de ahí su carácter singular en el propio Ordenamiento jurídico romano.

La expresión *datio in solutum necessaria* no aparece realmente en las fuentes romanas sino que fue acuñada dogmáticamente por un jurista italiano de época renacentista, Tiberio Deciani (1509-1582)³⁵, para distinguir esta figura de la *datio in solutum* voluntaria en la que –como hemos dicho– es preciso el consentimiento del acreedor, de tal manera que esta última viene a asimilarse *de facto* a una compraventa en la que el *aliud* equivale al objeto de la misma y el débito originario (normalmente una suma de dinero) al precio; por el contrario, en la *datio in solutum necessaria* el acreedor resulta constreñido por ley a aceptar el *aliud pro alio* que le ofrece en pago el deudor siempre que se den los requisitos establecidos por ley.

En cuanto al origen de esta figura jurídica, podemos decir que se encuentra, prácticamente, en las Novelas 4,3 (a. 535) y 120,6,2 (a. 544) de Justiniano, si bien es cierto que la doctrina ha querido ver un antecedente histórico de la misma en ciertas medidas que adoptó Julio César en el año 49 a. C. para satisfacer a ciudadanos titulares de créditos que, a su vez, fueron partidarios suyos en la guerra contra Pompeyo, los cuales se encontraban en dificultades para cobrar las cantidades reclamadas a sus respectivos deudores dada la situación de penuria económica en la que se hallaban muchos romanos en ese periodo de luchas civiles en las postrimerías de la República³⁶; ahora bien, aún reconociendo el valor de estas medidas de César, que tuvieron un amplio eco en diversas fuentes literarias latinas³⁷, como

³⁵ T. DECIANUS UTINENSIS, *Responsa* I, Venetiis, 1629, *Resp.* 3, n. 128,97: “*nam et datio in solutum voluntaria in omnibus vicem sustinet venditionis, secus si sit necessaria, et iussu iudicis facta*”.

SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria* nel sistema giuridico romanistico”, en *Roma e America. Diritto romano comune, Revista de Derecho de la Integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina*, 14, Bogotá, 2002, pp. 18 ss. (p. 46); ID., *Aliud pro alio...* cit., p. 269.

³⁶ También se ha querido ver supuestos de dación en pago necesaria en dos fuentes epigráficas del s. I a. C., pero sobre la base de una interpretación forzada de las mismas: la primera contiene una inscripción de finales del s. I a. C., encontrada en la ciudad de Kyme en Asia Menor (Il. 3 ss.), la cual fue objeto de estudio por KUNKEL, W., “Über die Leidner Augustus-Inschrift aus Kyme (Zugleich ein Beitrag zur *aestimatio possessionis*)”, en *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, pp. 601 ss.; la segunda fuente se contiene en *Tab. Herac.*, 73, en donde aparece un documento de contabilidad familiar (*codex accepti et expensi*) que menciona en una de sus partidas un fundo *aestimatum*, lo que ha hecho pensar que se esté aludiendo a una dación en pago necesaria (KUNKEL W., “Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrecht”, en *ZSS*, 90, Weimar, 1973, pp. 167 ss.).

Sobre estas fuentes: LUCKS, K. M., *Aestimatio possessionis in Justinians Novellen 4,3 und 120,6,2*, Trier, 1991, pp. 45 ss. y 83 ss.; SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria* ... cit., pp. 57-58.

³⁷ *Caes.*, B.c., 3,1,2; *Suet.*, *Caes.*, 42,8; *Plaut.*, *Caes.*, 37,2; *App.*, B.c., 2,48; *Dio.*, 41,37; 42,21; 51. Véase, BONINI, R., “La c. d. *datio in solutum necessaria* (Nov. Iustiniani 4,3 e 120,6,2)”, en *Contributi di diritto giustiniano (1966-1976)*, Bologna, 1990, pp. 26 ss.; SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*... cit., pp. 48 ss.; ID., *Aliud pro alio...*cit., pp. 270 ss.

antecedente histórico de las disposiciones que seis siglos más tarde establecerá Justiniano, debemos matizar diciendo que sólo constituyeron una solución puntual a un problema socio-económico concreto y enmarcado en unas circunstancias históricas determinadas³⁸, de modo que —a mi juicio— no cabe ver en ellas, sin más, la fuente de inspiración de la Nov. 4,3 de Justiniano en la que se establece la regulación de la *datio in solutum necessaria* —aún sin mencionarla de esta forma—, tanto en el ámbito material como procesal, con una implícita exposición de motivos, siendo dicha Novela objeto de estudio por comentaristas medievales y renacentistas y recibida en el *ius commune* europeo.

El texto en latín de la Nov. 4,3 es el siguiente³⁹:

Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia (damus enim creditori volenti immobiles res accipere pro auro), sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem: tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia, si aurum non recepit aut aliud rerum quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores quia, etsi non hanc conscripsissemus legem, necessitatis ratio

A tal efecto, SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* cit., pp. 272-273, pone de relieve que las fuentes hacen referencia a un acto de transmisión de la propiedad de los inmuebles y que, a su juicio, los acreedores se verían compelidos a aceptar esta situación tal vez por la vía de “la denegación de los medios ordinarios para la persecución del propio crédito”.

³⁸ Situaciones socio-económicas que han dado lugar a medidas análogas se han repetido a lo largo de la Historia. Así, siguiendo a SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria...* cit., pp. 77-78, vemos que el Parlamento (*Reichstag*) del Imperio alemán estableció en 1654 un mecanismo según el cual los deudores podrían pagar sus deudas consignando a los acreedores bienes muebles o inmuebles de su propiedad sin que estos últimos pudiesen rechazar dichas entregas. La disposición se justificaba por la escasez de dinero y la situación de pobreza general derivada de la práctica destrucción de los reinos y ciudades alemanas tras la guerra de los treinta años (1618-1648).

³⁹ Edición de la Novelas de Justiniano de R. SCHOELL— G. KROLL (1895) (9ª ed. Frankfurt am Main, 1968).

ad hoc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturus erat quam propriis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem. Quamobrem quod cum iniuria et affectu acerbo perduceret creditorem et debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decedentes et infelicibus debitoribus auxiliamur et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis deputantes ad quam, si permanerent inoboedientes, tamen modis omnibus advenirent. Si itaque creditor paratus est praeparare quendam emptorem, necessitatem habere debitorem hoc agere, praebentem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est dare possibilis. Undique enim ita creditoribus providendum est, ut non debitores graventur.

1.- Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat. Argentariorum⁴⁰ quippe sponsionibus propter utilitatem contractuum in ordine moderno durantibus⁴¹.

⁴⁰ LUCKS, K. M., *Aestimatio possessionis ... cit.*, p. 22; DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la Banca Bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, pp. 161 ss.

⁴¹ La traducción al castellano de Nov. 4,3 (I. L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1898, reed., Valladolid, 1988), es la siguiente: “Mas aquéllo con que por lo demás se auxilia a los cuidados humanos, aunque acaso no sea grato para algunos acreedores, es, no obstante sancionado por nosotros por razón de clemencia. Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamando de todos modos dinero, pero a aquél no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero. Mas si no se presentara ningún comprador de los bienes inmuebles de aquél, divulgando también con frecuencia el acreedor, que están obligados los bienes del deudor, y atemorizando con esto a los que quieren acudir a la compra, en este caso procuren en esta felicísima ciudad los jueces de nuestra gloriosísima república conforme a la jurisdicción a cada cual concedida por la ley y por nosotros, y en las provincias los presidentes de las gentes <gobernadores provinciales>, que, hecha escrupulosa estimación de los bienes del deudor, se les dé a los acreedores posesión de inmuebles con arreglo a la cuantía de la deuda con la misma caución con que pueda dar el deudor. Mas hágase de este modo la entrega de los bienes: dénese al acreedor los que ciertamente son mejores, y déjese que queden después del pago de la deuda en poder del deudor los que son peores. Porque no será justo que el que ciertamente da dinero, pero no puede recobrar dinero, sino que se ve obligado a aceptar posesiones inmuebles, no reciba al menos los mejores bienes del deudor, y tenga de este modo el consuelo de que, si no recibe dinero, u otras cosas que se pueden llevar consigo, le es, sin embargo, lícito tener una posesión no inútil. Pero sea esto verdaderamente una evidente clemencia de la ley. Mas reconozcan los acreedores que, aunque no hubiésemos escrito esta ley, la razón de la necesidad conduciría a este resultado. Porque si el deudor no estuviera provisto de dinero, ni hubiera ningún comprador, no habría de hacer ninguna otra cosa más que ceder bienes propios, y con razón irían otra vez los bienes al acreedor que no pudiera cobrar en dinero. Por tanto, decidiendo nosotros con clemencia y al mismo tiempo legalmente lo que con injuria y amargo efecto determinaría al acreedor y al deudor, auxiliamos a los infelices deudores, y no les pareceremos duros a los acreedores rigurosos, señalándoles un medio, al que, si persistieran en no ser obedientes, llegarían, sin embargo, de todos modos. Así pues, si el acreedor está dispuesto a procurar cierto comprador, tenga el deudor necesidad de hacer lo mismo, dando a arbitrio del juez tal caución, la cual en todo caso es posible dar. Pues siempre se ha de mirar por los acreedores, de suerte que no sean gravados los deudores.

1.- Y en absoluto <por supuesto> consideramos acreedor, siguiendo las antiguas leyes, a todo el que puede tener acción contra alguien, aunque no se haya celebrado mutuo sino que haya algún otro contrato, subsistiendo

Vemos por tanto, que Justiniano establece, en el marco de la grave situación económica y social por la que atravesaba el Imperio⁴², un tipo especial de *datio in solutum* dirigida a evitar el procedimiento judicial ordinario de ejecución patrimonial del deudor insolvente⁴³, procurando alcanzar un punto de equilibrio entre el trato de favor dado por el legislador a dicho deudor y, en cierta medida, los propios intereses del acreedor. En efecto, en la ley se parte de la iniciativa del acreedor que ha de reclamar judicialmente el importe de su débito⁴⁴ y sólo en caso de que el deudor no disponga de la suma adeudada ni de bienes muebles y, asimismo, después de que éste hubiere intentado infructuosamente la venta de sus bienes inmuebles⁴⁵, se establece en la Novela que los jueces competentes al efecto deberán realizar

ciertamente en el actual régimen las promesas de los cambistas <banqueros> por razón de la utilidad de los contratantes”.

⁴² En este sentido pone de relieve LUCKS, K. M., *Aestimatio possessionis ...* cit., pp. 140 ss., la crisis económica que padecía el Imperio en época de Justiniano, motivada en gran parte por la larga y costosa guerra contra los persas unida a las campañas militares en Occidente, con la consiguiente disminución de valor de muchos inmuebles y la escasez de dinero en circulación, lo cual dio lugar a un marco socio-económico dentro del que se encuadraron las referidas Novelas de Justiniano.

⁴³ En época justiniana dicho procedimiento era impulsado de oficio por los jueces de la *cognitio extra ordinem* ordenando en caso de ejecución concursal del deudor insolvente bien una *distractio bonorum* relativa a determinados bienes del deudor o bien una *bonorum venditio* de todo el patrimonio del deudor condenado. En caso de que el juez ordenase la ejecución sobre bienes singulares del deudor, ésta tenía lugar en la forma de un *pignus in causa iudicati captum*, la cual preveía la venta de dichos bienes mediante pública subasta siendo organizada esta última por los *apparitores* (ayudantes) de los jueces. SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria...* cit., pp. 34-35 (y bibliografía citada).

⁴⁴ En este sentido, ASTUTI, G., “Dazione in pagamento (Diritto romano e intermedio)”, *EdD.*, 11, Varese, 1962, pp. 727 ss. (p. 729), constató —siguiendo a la generalidad de la doctrina en esta materia—, a tenor del texto, que se comprendían deudas de dinero generadas tanto por mutuo como por otro contrato. Y SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria...* cit., p. 23, nt. 14, entiende que en el § 1 se amplía expresamente el ámbito de las prestaciones del deudor más allá de las deudas de dinero e incluso se plantea la posibilidad de incluir también aquí a las obligaciones consistentes en un *facere*, en virtud de la interpretación que hace del número uno de la ley donde se dice que “consideramos acreedor, siguiendo las antiguas leyes, a todo el que puede tener acción contra alguien, aunque no se haya celebrado mutuo sino que haya algún otro contrato”, y cita en apoyo de su tesis una fuente postjustiniana: el *Breviarium Novellarum ad h.l.* § 10, escrito por Teodoro Ermopolitano *antecessor*, el cual se refería en este pasaje a la Nov. 120,6,2, relativa a las *venerabiles domus* (establecimientos cristianos de beneficencia) —pero en el que se llevó a cabo una especie de conmixción con Nov. 4,3— y especificaba respecto a las obligaciones asumidas por aquéllas lo siguiente: “...*domus [qui] pecuniam mutua acciperit vel obligata sit*”, con lo que parece que a tenor de este texto el ámbito de prestaciones a que se puede obligar la *domus*, a estos efectos, resultaría ser más amplio que si consistiese sólo en una suma de dinero. Véase también, SACCOCCIO, A., *Aliud pro alio...* cit., pp. 277-278.

⁴⁵ Ahora bien, establece la ley que en caso de llevarse a cabo la venta del bien inmueble deberá el deudor prestar una *cautio* a favor del acreedor para asegurar así que la misma la realiza *pro soluto*, es decir, para obtener la suma de dinero necesaria para hacer frente al pago de la deuda y no con una finalidad fraudulenta. BONINI, R., “La c. d. *datio in solutum necessaria...* cit., p. 12, nt. 9, aunque con ciertas dudas, y más expresamente, SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum...* cit., p. 26, nt. 16, señalan en contra de lo afirmado en su día por BRUGI, R., *Istituzioni di diritto romano (diritto privato giustiniano)*, Torino, 1926³, pp. 426 ss., que el texto establece que han de faltar compradores para que siga en marcha el procedimiento de ejecución sin que se comprenda también el caso de que existan compradores pero que no lleguen a ofrecer un precio justo por los inmuebles.

“una escrupulosa estimación de los bienes del deudor” y que harán entrega de la posesión de los inmuebles de mayor valor al acreedor con la finalidad de que con la venta de éstos se verifique una dación en pago⁴⁶; al mismo tiempo, la ley ordena que el deudor preste en el momento de la entrega una caución a favor del acreedor⁴⁷. El interés de este último se vería también satisfecho tanto por el hecho de que podía escoger precisamente los inmuebles de mayor valor como por la constatación que hace el legislador de que, al fin y al cabo, sin esta dación en pago debería el deudor o bien realizar una *cessio bonorum*, seguramente de los mismos bienes, en favor del acreedor, o bien someterse al procedimiento concursal ordinario: “Por tanto –nos dice Justiniano–, decidiendo nosotros con clemencia y al mismo tiempo legalmente lo que con injuria y amargo efecto determinaría al acreedor y al deudor, auxiliamos a los infelices deudores, y no les pareceremos duros a los acreedores rigurosos, señalándoles un medio, al que, si persistieran en no ser obedientes, llegarían, sin embargo, de todos modos”⁷⁴⁸.

⁴⁶ LUCKS, K. M., *Aestimatio possessionis* ... cit., pp. 21-22, pp. 41 ss., aproximó la *datio in solutum* necesaria, materializada a través de la entrega de la posesión de inmuebles por parte del deudor al acreedor, a un mero acuerdo de garantía entre las partes (prenda convencional) por el que se constituiría un derecho de prenda a favor del acreedor sobre determinados bienes inmuebles; que se ejecutaría por el acreedor procurando la venta de dichos bienes. Este planteamiento ha sido rechazado por SACCOCCIO (“La c. d. *datio in solutum necessaria*... cit., p. 25, nt. 14). Por nuestra parte añadimos que el supuesto contemplado en Nov. 4,3 constituye en sí una adaptación realizada por el legislador bizantino, en el marco de una situación socio-económica muy concreta, de la figura de la *datio in solutum* voluntaria, tal y como ésta había sido configurada por la jurisprudencia clásica romana, siendo así entendida como una forma de extinción de las obligaciones que cumple una función de pago alternativo mediante la entrega en propiedad de un *aliud pro alio* al acreedor. Por otro lado, si bien es verdad que a tenor de la traducción latina del original griego no se menciona el término “*dare*” sino la expresión “*dari possessionem*” para referir la entrega del inmueble al acreedor –por lo que en rigor el texto en griego sólo está diciendo que el deudor entrega la posesión del mismo al acreedor– también podríamos atender a la finalidad misma de la *datio in solutum* que era la extinción de la obligación del deudor mediante la venta del inmueble entregado al acreedor a través de una subasta. Pero, aún más, podemos hacer la siguiente reflexión al hilo de nuestra exposición: posiblemente resulte que estaban difuminadas las categorías, o al menos los términos, de propiedad y posesión en el ámbito de un Derecho Romano vulgar –o quizás también por influencias del Derecho helenístico–, que a veces llegaba a filtrarse en las mismas constituciones de Justiniano; y todo ello sin descartar que estemos ante una cuestión puramente semántica derivada de la traducción al latín de la frase:

“δίδοσθαι πρὸς ἀναλογίαν τοῦ χρέους κτήσιν ἀκίνητον τοῖς δανεισταῖς”, que alude a la entrega de la posesión de los inmuebles a los acreedores con arreglo a su cuantía, porque el término “κτῆσιν” referido a ἀκίνητον (de los inmuebles) procede de κτήσις que se puede traducir tanto por posesión como por propiedad de los bienes. Esta misma imprecisión terminológica, que tal vez esté poniendo de relieve una confusión de fondo de categorías jurídicas, está presente en el fragmento de Nov. 120,6,2 relativo a las *venerabiles domus* cristianas, donde el legislador se ve en la necesidad de recalcar, para que no haya dudas, que la entrega de la posesión del inmueble la hace la “casa venerable” a su acreedor “en concepto de dominio”: *Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur; iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur; eandem “accipere possessionem”, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate “accipere rem creditorem pro solutione” <βεβαία δεσποτεία κτηθησόμενον>: “certo dominio possessurum...”*.

⁴⁷ Una caución que tendría la finalidad de garantía a favor del acreedor para el caso de evicción del inmueble.

⁴⁸ Como reconoce la propia ley, el resultado económico que se deriva del procedimiento establecido en Nov. 4,3 tampoco se diferencia básicamente del resultante de un procedimiento de ejecución patrimonial

A continuación, referimos el texto de Nov. 120, 6, 2⁴⁹:

... Haec etiam super ipsis venerabilibus domibus definire praevidimus, ut si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari immobilem rem creditori, ut eius fructus colligens reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis quam in usuris non amplius quarta parte centesimae. Si vero noluerit isto modo transigere debitum, iubemus eos quidem qui a sanctissimo patriarcha ordinantur, sive metropolitae sive alii episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi aut ptochotrophi aut xenodochi aut nosocomi aut aliarum venerabilium domorum ordinatores, apud sanctissimos patriarchas, a quibus ordinantur aut praeponuntur, monumenta fieri, et cum iureiurando ordinatorum et consensu amplioris partis in eis deservientium debitum manifestari et quia non est possibile de rebus mobilibus istud persolvi; eos vero qui a metropolitae ordinantur, sive episcopi sint sive archimandritae sive orphanotrophi sive ptochii aut aliarum venerabilium domorum ordinatores, apud eos similiter metropolitae episcopos huiusmodi monumenta conscribi; ab illis vero episcopis, qui aut a patriarchis aut metropolitae episcopis ordinantur et habent sub propria iurisdictione aut monasteria aut ptochia aut xenones aut nosocomia aut alias venerabiles domos, sub similem modum gesta fieri, ita tamen ut, sive apud patriarchas sive apud metropolitae sive apud alios episcopos huiusmodi gesta fiant, nullum pro his dispendium aut expensam venerabiles domos sustinere. Propterea enim nolumus de cetero apud iudices provinciarum aut defensores locorum huiusmodi monumenta a memoratis personis sive domibus agi, ut nullum dispendium sentiant. Postquam vero ista subsecuta fuerint apud memoratos sanctissimos patriarchas aut metropolitae aut alios episcopos, tunc praedicti ordinatores debitorum domus venerabilis in scriptis in publico civitatis loco proponant per viginti dies, et isto modo hortentur eos qui emere volunt immobilem rem, ut qui plus praebet aliis praeponatur. His vero omnibus procedentibus venditionem fieri pretio modis omnibus pro debito dando, ut non aliter habeat emptor munitionem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur, et hoc evidenter inscribatur, quia nihil ad laesionem aut praescriptionem eiusdem venerabilis domus efficitur. Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem

ordinario dirigido contra el deudor insolvente a iniciativa del acreedor; sin embargo, vemos que desde el punto de vista jurídico se articula una forma de dación en pago que en la práctica, o al menos, en la mayoría de los casos, vendría a comprender básicamente los mismos bienes que si hubiese tenido lugar la ejecución patrimonial del deudor en virtud de una sentencia judicial pero que le salva a éste de ser condenado en juicio con las consecuencias infamantes que esto le acarrearía y, en todo caso, evita un proceso que puede ser duro y costoso para ambas partes.

⁴⁹ Edición de SCHOELL-KROLL. No obstante, conviene confrontar el tenor literal del mismo, que reproducimos, con el propio de la edición española de dichas Novelas de GARCÍA DEL CORRAL, citada anteriormente.

accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum, ita tamen ut ordinatores debitoris venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat. Quae autem praebetur in hoc immobilis res non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem aliud quidem fructiferarum aliud vero et sterilium possessionum eiusdem venerabilis domus et in reditu earum et in fiscali solutione et reliquae ordinationis⁵⁰.

⁵⁰ La traducción al castellano del texto de Novela 120, 6, 2 (ed. de GARCÍA DEL CORRAL, citada anteriormente) es el siguiente: "... Y también hemos considerado conveniente determinar esto sobre las mismas venerables casas, que, si algunas de ellas se obligaran a deudas o por las contribuciones públicas, o por otra causa necesaria de la misma casa, y no es posible que dichas deudas sean pagadas con los bienes muebles, se le dé ciertamente en primer lugar al acreedor una cosa inmueble en prenda especial, para que percibiendo los frutos de ella se los aplique tanto para las mismas cantidades recibidas en mutuo y debidas, como para los intereses, no mayores de la cuarta parte del uno por ciento mensual. Mas si no quisiere saldar de este modo la deuda, mandamos que ciertamente por los que son ordenados por el santísimo patriarca, ya sean metropolitanos, ya otros obispos, ya arquimandritas, ya encargados de asilos de huérfanos, o de hospicios de pobres, o de hospicios de peregrinos, o de hospitales de pobres, o administradores de otras venerables casas, se hagan actuaciones ante los santísimos patriarcas, por quienes son ordenados o constituidos, y con juramento de los administradores y con el consentimiento de la mayor parte de los que allí prestan servicio se manifieste la deuda, y que no es posible que ella sea pagada con los bienes muebles; y los que son ordenados por los metropolitanos, ya si son obispos, ya si arquimandritas, ya si encargados de asilos de huérfanos, o de hospicios de pobres, ya si administradores de otros venerables lugares, escriban tales actuaciones del mismo modo ante estos obispos metropolitanos; y que de igual manera se hagan las actuaciones por los obispos, que son ordenados por patriarcas o por obispos metropolitanos, y tienen bajo su propia jurisdicción o monasterios, u hospitales de pobres, u hospicios de peregrinos, u hospitales de pobres, u otras venerables casas, pero de suerte, que, ya si tales actuaciones se hicieran ante los patriarcas, ya si ante los metropolitanos, ya si ante otros obispos, no soporten por ellas ningún dispendio o gasto las venerables casas. Porque precisamente no queremos que en lo sucesivo se hagan por las mencionadas personas o casas tales actuaciones ante los jueces de provincias o los defensores de las localidades, para que no sufran dispendio alguno. Mas después que se hubiera hecho esto ante los mencionados santísimos patriarcas, o metropolitanos, u otros obispos, expóngase entonces por escrito por espacio de veinte días en un lugar público de la ciudad por los susodichos administradores de la venerable casa deudora, e inviten de este modo a los que quieren comprar la cosa inmueble, para que el que más ofrezca sea preferido a los otros. Mas precediendo todas estas formalidades hágase la venta, dándose de todos modos el precio por la deuda, de suerte que el comprador no tenga seguridad de otro modo, sino si el precio se pagara para la misma deuda, y claramente se consignara por escrito que nada se hace por lesión o perjuicio de la misma venerable casa. Pero si del modo susodicho no se encontrara comprador de tal cosa, mandamos que el acreedor reciba la misma posesión por derecho de las susodichas venerables casas, "que se dice en pago", habiéndose hecho justa y escrupulosa estimación, y habiéndose añadido el precio de la décima parte de la total estimación reciba el acreedor por la misma cantidad "la cosa en pago" para "poseerla con dominio cierto", pero de suerte que presten su consentimiento para tales ventas los administradores de la venerable casa deudora y la mayor parte de los que en ella sirven. Mas la cosa inmueble, que de este modo se da, no sea dada a elección del acreedor, sino con arreglo a equidad algo ciertamente de las posesiones productivas, y algo también de las estériles de la misma venerable casa, y según la renta de las mismas, en pago de sus impuestos fiscales y las demás circunstancias".

Esta Novela, del año 544, se enmarca en el ámbito de la normativa de Justiniano encaminada a defender y promover la existencia de las llamadas “*Piae Causae*”⁵¹ que comprendían fundamentalmente a las “*venerabiles domus*”, las cuales consistían en establecimientos cristianos destinados a la beneficencia pública⁵². A diferencia de Nov. 4,3, vemos que en Nov. 120, 6, 2, no se establece una normativa de alcance general a favor de

⁵¹ “*Piae Causae*, εὐσεβείῃς αἰτίαι” es una expresión un tanto imprecisa contenida en el Código y en las Novelas de JUSTINIANO, la cual aparece en numerosas ocasiones a lo largo de dichas fuentes para referirse a los establecimientos cristianos de beneficencia y caridad de aquel tiempo y a los patrimonios donados o legados por particulares para que sus rentas o intereses se destinasen al rescate de cautivos o para el sustento de pobres y cuya administración correspondía a los obispos respectivos.

Sobre esta materia, véase en general: CUGIA, S., “Il termine “*Piae Causae*”. Contributo alla terminologia delle persone giuridiche nel diritto romano”, en *Studi in onore di C. Fadda*, V, Napoli, 1906, pp. 229 ss.; SALEILLES, R., “Les “*piae causae*” dans le droit de Justinien”, en *Mélanges Gerardin*, Paris, 1907, pp. 513 ss.; DUFF, P. W., “Charitable foundations of Byzantium”, en *Cambridge Legal Essays*, 1926, pp. 83 ss.; ID., *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938, pp. 176 ss.; CASORIA, J., *De personalitate iuridica piarum causarum in evolutione iuris romani usque ad Iustinianum*, Napoli, 1937; SAVAGNONE, G., “Le corporazione-fondazione”, en *B.I.D.R.*, 59-60, Milano, 1956, pp. 93 ss.; PHILIPSBORN, A., “Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain”, *R.I.D.A.*, 6, Bruxelles, 1951, pp. 141 ss.; HAGEMANN, H.-R., *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischem Rechte*, Basel, 1953; ID., “Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeitsanstalten in der östlichen Reichshälfte”, *R.I.D.A.*, 3, Bruxelles, 1956, pp. 265 ss.; GAUDEMET, J., “Les fondations en Occident au Bas-Empire”, *R.I.D.A.*, 2, Bruxelles, 1955, pp. 275 ss.; FABBRINI, F., “*Res divini iuris*”, *N.N.D.I.*, 15, Torino, 1958, pp. 510 ss.; ID., “La personalità giuridica degli enti di assistenza (detti “*piae causae*”) in diritto romano”, en *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. “Aequitas romana ed aequitas canonica. Atti del III Colloquio e del IV Colloquio “Diritto romano e diritto canonico” (abril, 1980)*, Roma, 1990; MURGA, J. L., *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968; ID., “La continuidad “*post mortem*” de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva”, *A.H.D.E.*, 38, Madrid, 1968, pp. 503 ss.; SANTALUCIA, B., *Fondazione (Diritto romano)*, EdD., 17, Varese, 1968, pp. 779 ss.; KUNDEREWICZ, T., “Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustiniano”, *S.D.H.I.*, 47, Roma, 1981, pp. 47 ss.; MILLER, T. S., *The Birth of the Hospital in the Byzantine Empire*, Baltimore-London, 1985; BLANCH NOUGUÉS, J. M^a., “La responsabilidad de los administradores de las *piae causae* en el derecho romano justiniano”, *R.I.D.A.*, 49, Bruxelles, 2002, pp. 129 ss.; ID., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho Romano*, Madrid, 2007, pp. 171 ss.; ID., “Sobre la personalidad jurídica de las “fundaciones” en Derecho Romano”, *R.J.U.A.M.*, 16, Madrid, 2007 (II), pp. 9 ss. (pp. 17 ss.); SÁNCHEZ COLLADO, E., “Las fundaciones en el Bajo Imperio: prohibiciones de disponer de los administradores”, en *Estudios jurídicos in Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, II, Salamanca, 2002, pp. 929 ss.; MACUCH, M., “Pious Foundations in Byzantine and Sasanian Law”, en *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 201, *Convegno Internazionale “La Persia e Bizancio”*, Roma, ottobre 2002 (Roma, 2004), pp. 182 ss.; CUENA BOY, F., “Para una comparación histórico-jurídica de las *Piae Causae* del Derecho Romano Justiniano con el *Waqf* del Derecho Islámico”, en *Anuario da Faculdade de Direito. Universidade da Coruña*, 6, A Coruña, 2002, pp. 273 ss.; ALEXANDER, L., *Anstalten und Stiftungen, Verselbständigte Vermögensmasen im Römischen Recht*, Köln, 2003, pp. 9 ss.

⁵² La expresión “establecimiento de beneficencia” utilizada por la doctrina administrativista española de los siglos XIX y XX viene a representar en el lenguaje jurídico moderno la naturaleza y función de las “*venerabiles domus*” que se constituyeron como entes de naturaleza institucional dotados de patrimonio propio y de capacidad jurídica y de obrar otorgada por el Ordenamiento jurídico, las cuales realizaban labores de caridad o beneficencia a favor de la sociedad por medio de una organización propia integrada por gestores y personal de administración y servicios. La doctrina alemana acuñó para referirse a los establecimientos u organismos de este tipo el término “*Anstalt*” y la francesa, el de “*établissement charitable*”.

todo deudor insolvente sino que se dispone un tratamiento aún más privilegiado en beneficio de dichos establecimientos cristianos de beneficencia –unos dotados de autonomía, otros configurados como simples dependencias de la Iglesia diocesana⁵³– que tanta importancia adquirieron en el ámbito cultural bizantino y más tarde, en el Occidente europeo. La referida ley se encuadra en el régimen jurídico del Derecho Romano justiniano relativo a las *venerabiles domus* y es citada frecuentemente por la doctrina para hacer valer la personificación jurídica⁵⁴ de que gozaron los establecimientos autónomos de beneficencia cuando, por ejemplo, se afirma en el texto legal que “la casa da en pago”, o cuando se hace referencia a los bienes muebles e inmuebles que son propiedad del centro como tal, o se alude en la Novela al *staff* de dirección y gestión de las casas⁵⁵.

Como vemos en Nov. 120, 6, 2, se establece un procedimiento extrajudicial tutelado por las autoridades eclesiásticas correspondientes que se desarrollaba sólo a iniciativa de la propia *venerabilis domus* deudora –por ejemplo, de contribuciones públicas–, y no del acreedor, el cual –como resulta de la lectura de la Novela– tenía lugar en medio de toda una serie de formalidades y cautelas⁵⁶ que garantizaban que la dación en pago del inmueble propiedad del establecimiento se hacía exclusivamente como último recurso, a falta de bienes muebles, para el pago de las deudas contraídas por la venerable casa, y no en perjuicio de la misma, tal y como sucedería si la enajenación se realizase por los administradores del centro buscando en realidad un beneficio propio que en todo caso sería moralmente ilícito⁵⁷; de esta manera, se exige en la ley no sólo el juramento de dichos administradores, el cual debía constar en actas públicas, sino también el consentimiento de la mayoría de las personas que trabajaban o servían en el establecimiento⁵⁸; asimismo, se dispone que el inmueble que el centro entregaba en pago, conforme a una sobre estimación del mismo –determinada

⁵³ Véase, Nov. 120,6,1-2; BLANCH NOUGUÉS, J. M^a. *Régimen jurídico de las fundaciones...* cit., pp. 209 ss.

⁵⁴ BLANCH NOUGUÉS, J. M^a. *Régimen jurídico de las fundaciones ...* cit., pp. 220 ss.

⁵⁵ BLANCH NOUGUÉS, J. M^a. *Régimen jurídico de las fundaciones ...* cit., pp. 214 ss, y bibliografía allí citada, especialmente: MILLER, T. S., *The Birth of the Hospital in the Byzantine Empire*, Baltimore-London, 1985, pp. 16 ss.; GUILLAND, R., “Études sur l’histoire administrative de l’empire Byzantine”, en *Revue Internationale de Études Byzantines*, 23, Paris-Bruxelles, 1965; CUENA BOY, F., “Para una comparación histórico-jurídica de las *Piae Causae*... cit., pp. 291 ss.

⁵⁶ BONINI, B., “La c. d. *datio in solutum necessaria*...” cit., pp. 24 ss., llevó a cabo una exhaustiva exégesis de esta Novela desde el punto de vista de la dación en pago poniendo de relieve que la minuciosidad con la que se regula esta materia no es un fin en sí mismo sino que está dirigida no sólo a garantizar una buena administración interna del centro sino, sobre todo, a favorecer la subsistencia del ente mismo.

Asimismo, LUCKS, K. M., *Aestimatio possessionis...* cit., pp. 23 ss.; SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*...” cit., pp. 29 ss.; ID., *Aliud pro alio...* cit., pp. 282 ss.

⁵⁷ BLANCH NOUGUÉS, J. M^a., “La responsabilidad de los administradores...” cit., pp. 139 ss.; ID., *Régimen jurídico de las fundaciones...* cit., pp. 217 ss..

⁵⁸ También se precisa de dicho apoyo cuando se trate de la permuta de un bien inmueble propiedad del centro por otro inmueble perteneciente a otra iglesia o casa de beneficencia (Nov. 120,7, pr.) e incluso se exige el juramento de la mayor parte de los servidores de una iglesia, monasterio o establecimiento cuando la dirección del mismo pretenda enajenar un inmueble alegando que dicho bien resulta poco rentable por el peso de las cargas tributarias que pesan sobre el mismo (Nov. 120, 7, 1).

por ley— de un diez por ciento de su valor, debía ser de una calidad media de entre los que poseía en propiedad, y no de aquéllos de más valor, como se establecía de un modo general en Nov. 4,3 en beneficio de los acreedores del deudor insolvente.

III. LA DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

Los glosadores y comentaristas medievales estudiaron detenidamente la Nov. 4, 3 de Justiniano⁵⁹ y, al mismo tiempo, reinterpretaban diversos fragmentos del Digesto⁶⁰ creyendo ver que los mismos contenían supuestos de *datio in solutum* necesaria, cuando en realidad no era así, de tal modo que al ser configurados como tales por la ciencia jurídica medieval se produjo *de facto* una verdadera “recreación” de la figura que estableció Justiniano en el seno de una coyuntura histórica contingente de crisis económica y social; así, a tenor de la interpretación de las fuentes romanas, comentaristas como Baldo de Ubaldis (1314-1357) o Jasón del Maino (1435-1519) idearon el llamado *beneficium dationis in solutum*, en virtud del cual resultaba que si el deudor no podía cumplir su obligación en los términos convenidos, y siempre que se diesen ciertas condiciones, tendría la posibilidad de ofrecer al acreedor la entrega de un *aliud pro alio* que —y esto es lo importante— debía ser aceptado necesariamente por este último. Concretamente, Jasón del Maino⁶¹, después de reafirmar la vigencia de la regla romana según la cual “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*” individualiza veinte casos del Digesto que, según su interpretación, establecerían excepciones a esta regla⁶².

⁵⁹ Como resulta, por ejemplo, del Comentario *Hoc nisi* de la Glosa de Acurcio al *Authenticum* (op. cit., SACCOCCIO, A., *La c. d. datio in solutum necessaria...* cit., p 42).

⁶⁰ C. J. 8,53,35 pr.; D. 13,1,8 pr. (*Ulp.*, 27 ed.); D. 30,71,3 (*Ulp.*, 51 ed.); D. 6,1,68 (*Ulp.*, 51 ed.); D. 34,2,1,1 (*Pomp.*, 6 *Sab.*); D. 19,2,9 pr. (*Ulp.*, 32 ed.); D. 19,2,60 pr. (*Lab.*, 5 *Post.* a *Iav. epit.*); D. 30,47,3 (*Ulp.*, 22 *Sab.*); D. 46,3,95,1 (*Pap.*, 28 *quaest.*).

BONINI, R., “La c. d. *datio in solutum...* cit., pp. 33 ss., y SACCOCCIO, A., *La c. d. datio in solutum necessaria...* cit., pp. 51 ss.; ID., *Aliud pro alio...* cit., pp. 295 ss., quienes ponen de relieve, a la luz del estudio crítico de los textos referidos, que en estos casos no estamos verdaderamente ante situaciones propias de una *datio in solutum necessaria*.

⁶¹ IASO MAYNI, *In secundam Digesti veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1622, ad D. 12,1,2,1, fol. 7, num. 9.

⁶² SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria...* cit., p. 45. No obstante, otro comentarista italiano, Ludovico Pontano (1409-1439), consideró que para que tuviese lugar el *beneficium* a favor del deudor era necesario que el débito fuese pecuniario, que el deudor no sólo declarase expresamente que no tiene dinero líquido sino que lo pruebe fehacientemente, que no tuviese bienes muebles y que transmitiese al acreedor la propiedad de bienes inmuebles (L. PONTANUS, *Concilia sive Responsa*, Venetiis, 1581, *Consilium* 158, fol. 108).

Se inicia así una corriente doctrinal que viene a delimitar el ámbito de aplicación de la *datio in solutum necessaria* dentro de unos márgenes más estrictos que, como iremos viendo, se consolidará luego en la doctrina moderna europea.

Aparece en la doctrina europea de la Baja Edad Media y del Renacimiento⁶³ una nueva y generalizante *datio in solutum necessaria* que se acomodaba bien al espíritu –más gremial y menos individualista– de la Edad Media europea. Con arreglo a dicha concepción resulta que este supuesto de *datio in solutum* pasa de ser una situación –la propia de la Nov. 4, 3– que sujetaba al deudor insolvente, que ha agotado todas sus posibilidades de pago en el marco de un procedimiento judicial, y que carece de bienes muebles al efecto, a entregar, en pago de su deuda, un bien inmueble suyo al acreedor, que debe aceptarlo, para configurarse más bien como un beneficio establecido *ex lege* a favor del deudor, que puede hacer uso del mismo siempre que se den los requisitos legales establecidos al efecto, y que vincula necesariamente al acreedor que no puede negarse a aceptar la entrega del *aliud pro alio*.

Esta línea de pensamiento de los glosadores y comentaristas italianos llega a la legislación de Alfonso X el Sabio, estableciéndose en Fuero Real 3, 20, 16: “*sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demandar*”; y en Partidas 5, 14, 3, después de reafirmar la vigencia de la regla “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*”, se termina diciendo lo siguiente: “*pero si acaesciese, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometteria, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador. Otrrosi dezimos que si el quel ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, deue cumplir de otra guisa el pleyto, segun su aluedrio del judgador del lugar*”⁶⁴.

Asimismo, SACCOCCIO⁶⁵ ha estudiado pormenorizadamente el modo en el que el *beneficium dationis in solutum* fue recogido en los estatutos de la mayor parte de las ciudades italianas de la época y refiere diversos autores representativos de la doctrina europea del Renacimiento y del *usus modernus pandectarum* alemán que aceptan el *beneficium* pero estableciendo algunas limitaciones al mismo⁶⁶; en este sentido destaca las aportaciones de la doctrina civilista española de los siglos XVI y XVII que también fijó ciertos condicionamientos que limitaban este beneficio del deudor: el Autor cita a Alfonso de Guzmán (1575/95 - † después de 1630), Juan Gutiérrez (1535-1618), o Francisco Salgado de Somoza (1595-1664), quienes establecieron los siguientes requisitos para que tuviese lugar el beneficio de la *datio in solutum necessaria*: a) el deudor no debe poseer dinero

⁶³ ASTUTI, G., s.v., *Dazione in pagamento*, cit., p. 733.

⁶⁴ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*... cit., p. 47, destaca que Gregorio López, en la glosa b) al texto, precisa que “*hic est unus casus in quo potest solvi aliud pro alio; alios enumerat Glossa*”, haciendo referencia, entre otras cosas, también a las veinte excepciones propuestas por Jasón del Maino a la regla “*nemo aliud pro alio invito creditori solvere potest*”.

⁶⁵ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria* ... cit., pp. 62 ss.

⁶⁶ Citamos, a título de ejemplo a NOVARIUS, I. M., *Tractatus sive praxis dationis in solutum necessariae, iuxta mentem Authent. hoc nisi C. de solut. & quod autem Authent. de fideiussor*, Venetiis, 1622, Pars., I-IV, pp. 4 ss.; Pars. II, qu. XIII, num. 44, 52; PIRRUS MAURUS ARETINUS, *Tractatus de fideiussoribus, in quo tota fideiussorum, satisfactionum & cautionum materia latissime explicatur*, Venetiis, 1620, cap. VII, numm. 5-18, pp. 100 ss.; SCHÖNFELD H., *De datione in solutum*, Altdorfi, 1693, § 11 ss.

líquido, resultándole imposible obtenerlo; b) el deudor debe encontrarse en la imposibilidad de encontrar un comprador de sus bienes, o mejor, de encontrar uno que ofrezca pagar por ellos un precio justo; c) el acreedor debe poder elegir entre las mejores cosas del deudor; d) el deudor debe transmitir al acreedor la propiedad de la cosa así individualizada y además responder frente a éste en caso de evicción⁶⁷.

No obstante, ya Domat (1625-1696)⁶⁸, y sobre todo Pothier (1699-1772)⁶⁹, mantuvieron una postura diferente a la sostenida por la mayor parte de la doctrina europea de aquella época defendiendo que el *beneficium dationis in solutum* no podía tener reservado ningún espacio en el Derecho francés aún cuando hubiese huellas del mismo en leyes vigentes en algunas regiones de dicho país: la razón de esta afirmación se encuentra en que dicha institución resultaba contraria a los postulados del libre comercio al imponer –aunque ciertamente con algunos requisitos y condiciones legales– *un aliud pro alio* al acreedor; así, con estos antecedentes doctrinales, no es de extrañar que, después de haber sido recogido en cierta medida en algún código anterior a Napoleón⁷⁰, el *beneficium* no encontrase posteriormente acogida en la generalidad de los códigos civiles europeos del siglo XIX, los cuales estaban inspirados por principios jurídicos resultantes del nuevo orden de ideas que nace de la Ilustración y de la Revolución Francesa⁷¹, singularmente, el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de los negocios. Se comprende así la poca atención de la doctrina civilista e incluso romanista del ochocientos y del novecientos hacia esta figura⁷².

⁶⁷ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria* ... cit., pp. 74-75.

⁶⁸ DOMAT, M., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1777, vol. I, Lib. IV, Tit. I, sect. II, L. IX, p. 481.

⁶⁹ POTHIER, R. J., *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, II, Paris, 1774, p. 33.

⁷⁰ Como sucede en el Código Civil de Baviera (*Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*) de 1751 en el que después de afirmarse (IV *Theil*; 14 cap., § 6) que (*regulariter*) el acreedor no puede ser constreñido a aceptar en cumplimiento una prestación distinta de la establecida, en el § 7 contiene seis excepciones a dicha regla. SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria* ...” cit., p. 82.

⁷¹ Una excepción la constituye el CC austriaco de 1811: en efecto, aunque en el § 1413 se sienta la regla general que hunde sus raíces en el Derecho Romano, según la cual el acreedor no puede ser compelido a recibir del deudor una prestación distinta de la debida, vemos que en el § 1414 se dice lo siguiente: “*Wird, weil der Gläubiger und der Schuldner einverstanden sind, oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas andere an Zahlungs Statt gegeben, so ist die Handlung als ein entgeltliches zu betrachten*”; lo que podemos traducir en el sentido de que “habiendo dado <el deudor> otra cosa <de la debida> en concepto de pago, tanto si el acreedor y el deudor están de acuerdo como si <sucede> que el pago por parte de este último fuese imposible, estamos ante un acto que debe ser considerado como un pago”.

⁷² En efecto, como puso de relieve un civilista francés del XIX, DEMOLOMBE, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. IV. Cours de Code Napoléon, vol. XXVII, Paris, 1881, § 206, 236 (op. cit., SACCOCCIO, A., “La c.d. *datio in solutum necessaria* ...” cit., p. 85, nt. 251), la *datio in solutum necessaria* se contemplaba entonces como un “*souvenir historique*”.

En este sentido, tampoco se alude a la dación en pago necesaria en el Código Civil español⁷³ que se alinea dentro de las codificaciones europeas que siguen al Código Civil de Napoleón⁷⁴, las cuales ni siquiera contienen una verdadera normativa sobre la dación en pago voluntaria sino que se limitan a permitirla implícitamente si así lo acepta el acreedor⁷⁵.

IV. LA *DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA* EN LOS CÓDIGOS CIVILES IBEROAMERICANOS

La mayor parte de los códigos civiles iberoamericanos se inspiran en esta materia en el modelo francés, que fue seguido a su vez por el Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA del año 1851⁷⁶ –asimismo, de notable influencia sobre los codificadores iberoamericanos⁷⁷–, y se limitan a establecer la regla según la cual el acreedor no puede ser compelido a recibir una prestación distinta de la debida, sin que aparezca ninguna referencia a una dación en pago que le pueda ser impuesta al mismo; así sucede, por ejemplo, con los códigos de Chile de 1855 (art. 1569. 2), de Ecuador de 1857 (art. 1612. 2 = art. 1585. 2, de la actual redacción de 2005), de Colombia de 1873 (art. 1627. 2), o de Venezuela de 1943 (art. 1290). Ahora bien, tampoco se contempla la dación en pago necesaria en aquellos otros

⁷³ El artículo 1166 del CC español se limita a admitir la posibilidad de que el deudor se libere del cumplimiento de la obligación ofreciéndole al acreedor una prestación sustitutiva que éste acepta. También se alude a la dación en pago en los artículos 1521, 1636 y 1849 del CC.: en los dos primeros se la aproxima al contrato de compraventa y el art. 1849 versa sobre la extinción, en virtud del acuerdo de dación en pago, de las fianzas que aseguraban el cumplimiento de la obligación principal; añadimos que este artículo ha dado lugar a una larga discusión doctrinal sobre si este precepto significaba una aceptación implícita de la teoría de la novación de la obligación por parte del legislador. No obstante, vemos que la Ley 495 del Fuero Nuevo de Navarra de 1973 sí contiene una somera regulación de esta materia.

⁷⁴ Art. 1243 del Código Civil francés de 1804: “*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*”.

⁷⁵ No obstante, frente a los códigos civiles europeos que siguen el modelo del Código francés de 1804, se encuentra el § 1414 del A.B.G.B. austriaco –referido arriba– que configura la dación en pago como un negocio oneroso entre el deudor y el acreedor, o el B.G.B. alemán que regula la dación en pago en § 364 y en § 365 y, siguiendo las aportaciones de la pandectística alemana, viene a acercar su naturaleza al contrato de compraventa.

⁷⁶ El art. 1089 del Proyecto de GARCÍA GOYENA establece que: “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”.

⁷⁷ Sobre la influencia de dicho Proyecto en Iberoamérica, véase, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 153 ss. (= *Revista de Derecho Privado*, 73 (3), Madrid, 1989, pp. 221 ss.); SCHIPANI, S., “Il Codice Civile spagnolo como ponte fra sistema latinoamericano e codici europei. Il rinvio ai principi generali del diritto”, en *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, pp. 83 ss.; RODRÍGUEZ ENNES, L., “Influencia del Proyecto de 1851 en los códigos iberoamericanos”, en *Actas del II Congreso Internacional y V Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: los Derechos Reales*, Buenos Aires 1999 (Madrid, 2001), pp. 257 ss.; GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, pp. 426 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano, Recepción, jurisdicción y arbitraje*¹³, ed. Civitas-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 377 ss.

códigos civiles que, como el argentino de 1869 (arts. 779 ss.), contienen una normativa relativa al pago por entrega de bienes⁷⁸. Este mismo sistema es seguido por el Código Civil brasileño de 1916⁷⁹ (arts. 995-998) y por el reciente de 2002 (arts. 356-359), así como por el Código Civil de México de 1927 (arts. 2095-2096 y 2012), el de Paraguay de 1987 (arts. 598-601) y el de Cuba de 1987 (art. 297. 1).

No obstante, dicho lo anterior, podemos citar diversos códigos civiles iberoamericanos (Perú, Guatemala, Bolivia y Uruguay) en los que se recogen, ya por vía de excepción o incluso, en algún caso de modo general, supuestos de *datio in solutum necessaria*⁸⁰ en beneficio del deudor que no puede cumplir su obligación.

En el artículo 2225 del Código Civil peruano de 1852 se establecía lo siguiente: “no puede obligarse al acreedor a recibir en pago cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor que el de la otra. Se exceptúan los casos de imposibilidad, en que se observará lo dispuesto en los artículos 1815 y 1841”. Dichos artículos se referían, respectivamente, al mutuo y al comodato y disponían que el deudor pudiese entregar otra cosa distinta de la debida en caso de que el cumplimiento de la obligación le resultase imposible⁸¹. No obstante, los artículos 1274 ss. del Código de 1936 y los artículos 1265 y 1266 del Código de 1984 contienen sólo una breve normativa sobre la *datio in solutum* en la que se presupone que debe darse el consentimiento del acreedor.

Otro caso de interés es el del Código Civil de Guatemala de 1877, el cual seguía el modelo del Código de Perú, cuando en el art. 2269. 2⁸² (= art. 2310. 2 del Código de 1933) admitía de modo implícito la *datio in solutum* voluntaria según el modelo de los códigos inspirados en el Código de Napoleón, exigiendo la aceptación por parte del acreedor, pero exceptúa este último requisito, al igual que en el Código peruano, para los casos de mutuo (art. 1881) y de comodato (art. 1905)⁸³ (= arts. 1917 y 1943, respectivamente, en el Código

⁷⁸ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*...” cit., pp. 112 ss.

⁷⁹ Se da la circunstancia de que los trabajos preparatorios del Código Civil brasileño dirigidos por Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) influyeron también sobre el Código Civil argentino.

⁸⁰ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*...” cit., pp. 121 ss.

⁸¹ “Si no puede el mutuuario pagar en la misma cantidad y calidad, satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago” (art. 1815); “Cuando sea imposible devolver la cosa prestada, pagará el comodatario a elección del comodante, otra de la misma especie y calidad, o el valor que le corresponda, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse” (art. 1841).

A tenor de dicha normativa, la dación en pago sólo sería admisible cuando le sea imposible al comodatario la devolución de la misma cosa recibida en préstamo en cuyo caso el acreedor puede optar por otra del mismo género y calidad o bien por su valor, lo cual podrá ser apreciado en su caso por el juez. En el supuesto del contrato de mutuo, podríamos pensar que el artículo se estaba refiriendo a cosas fungibles distintas del dinero cuando menciona el “valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalado para el pago”.

⁸² “Tampoco puede obligarse a recibir cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o mayor que el de la otra, exceptuándose los casos de imposibilidad, en que se observará lo dispuesto en los artículos 1881 y 1905”.

⁸³ “Si no puede el mutuario pagar en la misma cantidad y calidad, satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalado para el pago” (art. 1881).

de 1933) cuando la prestación resultase imposible para el deudor. Ahora bien, en el nuevo Código Civil de 1963 se derogaron estos artículos sustituyendo las excepciones referidas por una cláusula general contenida en el art. 1386 que tiene la importancia de abrir la posibilidad de que el deudor pueda hacer una entrega de cosa distinta cuando el legislador lo estime oportuno seguramente atendiendo a circunstancias económicas y sociales especiales: “no se puede obligar al acreedor a aceptar cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la ofrecida sea igual o mayor, salvo disposición especial de la ley”. Señala SACCOCCIO⁸⁴ al respecto que “esta norma que generaliza las previsiones de los códigos anteriores, los cuales, como hemos visto, exceptuaban de la necesidad de consentimiento del acreedor por cumplimiento inexacto sólo los casos de mutuo y comodato, parece reservar a la legislación especial el poder de forzar al acreedor a considerarse satisfecho con una prestación distinta de la originaria”.

Junto a los anteriores, pasamos ahora a referir los casos de Bolivia y de Uruguay. En el artículo 838 del Código Civil de Bolivia de 1831, recogido a su vez en el art. 309 del Código Civil de 1976⁸⁵, se establece una regulación que parece tomada directamente de Partidas 5,14,3 –referida más arriba–, cuando señala que: “toda deuda debe pagarse del modo que se pactó, pero si el deudor no puede pagar según lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas y de diferente modo mediante la autoridad del juez”. Por tanto, vemos que, aún con más claridad que en los códigos de Perú y Guatemala, la legislación de Bolivia admite con carácter general la posibilidad de que si el deudor no puede cumplir, lo haga mediante la realización de otra prestación con intervención del juez sin que –como se deduce implícitamente– se requiera en este caso el consentimiento del acreedor. También, el Código Civil de Uruguay de 1868, que –al igual que el Código argentino– dedica varios artículos a regular la dación en pago voluntaria (arts. 1490-1493), establece en el art. 1458 1º, 2º (= art. 1432 del Código de 1893), cuya redacción se ha mantenido después de la actualización del Código de 2002, que: “la paga, para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, a no ser de consentimiento del acreedor. De otro modo no está obligado a recibirla. Sin embargo, si el deudor no pudiese hacer la entrega en la misma cosa o de la manera estipulada, debe cumplirla en otro equivalente a arbitrio del Juez, pagando los daños y perjuicios que por esta razón puedan irrogarse al acreedor”.

“Cuando sea imposible devolver la cosa prestada, pagará el comodatario a elección del comodante, otra de la misma especie y calidad, o el valor que le corresponda, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse” (art. 1905).

⁸⁴ SACCOCCIO, A., “La c. d. *datio in solutum necessaria*...” cit., p. 119.

⁸⁵ “El deudor que no puede pagar conforme a lo estipulado o lo dispuesto por la ley, podrá hacerlo de modo distinto o con una prestación diversa de la debida, mediante autorización judicial”.