

LA DACIÓN EN PAGO: ELEMENTOS Y PROPUESTA DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

Accord and satisfaction: elements and legal qualification approach

PABLO MANTEROLA DOMÍNGUEZ*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: Dos elementos existen en la dación en pago: convención y ejecución. La convención constituye un título translaticio, que modifica una obligación pura y simple transformándola en una obligación facultativa. Adoptar la teoría de la modificación objetiva de la obligación, permite conformar los distintos antecedentes históricos, doctrinales y legales.

PALABRAS CLAVE: Dación en pago, modificación de la obligación, extinción de las obligaciones.

ABSTRACT: In the accord and satisfaction structure we can find two elements: a convention and an execution. The convention is a translative title, amending an outright obligation as an optional obligation. Adopting the theory of objective obligation's modification, allows setting the various historical, doctrinal and legal background.

KEY WORDS: Accord and satisfaction, obligation's modification, obligation's extinction.

* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor ayudante de Derecho Civil en Universidad de los Andes entre los años 2014 y 2015.

Artículo recibido el 3 de abril de 2015 y aprobado el 8 de mayo de 2015.

PRESENTACIÓN

Cuando una persona se obliga para con otra, lo natural será que pretenda pagar la obligación del modo en que ésta se convino. Sin embargo, es frecuente que, por diversas circunstancias, se haga imposible o inconveniente el cumplimiento exacto de la obligación. La dación en pago es la respuesta conceptual a este fenómeno, ciertamente cotidiano.

Nuestro trabajo busca abordar de manera crítica su concepto, elementos y naturaleza jurídica. Son puntos controvertidos, con casi tantas respuestas como autores los han abordado.

Más que en respuestas, siempre discutibles, la contribución que pretende hacer este trabajo está en el método con que hemos querido abordar las cuestiones. Como ha puesto de manifiesto Fínez¹, es frecuente en la doctrina un cierto apriorismo al examinar la figura de la dación en pago: se adopta una posición acerca de su naturaleza jurídica, y luego se deducen como consecuencia todos los elementos que, en realidad, debieran descubrirse en los hechos y en la regulación legal. Quizás es este apriorismo el que ha hecho de la dación una fuente inagotable de controversias.

Hemos preferido adoptar un método inductivo, que remontándose desde el fenómeno jurídico determine qué elementos lo configuran, y qué naturaleza puede atribuírsele. Se trata de una perspectiva más abierta, que aunque carece del atractivo de la lógica deductiva, es más respetuosa de los hechos y de la realidad práctica.

El método inductivo estructura nuestro estudio: comenzaremos por describir la situación de hecho y elaborar una posible noción del fenómeno (I); luego atenderemos a los requisitos que la doctrina general, apoyándose en escasas disposiciones legales, apunta como necesarios para que se configure una dación en pago (II); y finalmente revisaremos las distintas teorías en torno a su naturaleza jurídica, señalando cuál nos parece más coherente con lo establecido en los capítulos anteriores (III).

I. HACIA UNA NOCIÓN APROXIMATIVA DE LA DACIÓN EN PAGO

En este apartado nos ocuparemos (a) de la situación de hecho que configura la dación en pago, y (b) de la definición de esta operación.

¹ FÍNEZ (1995) p. 1468.

1. Hechos que configuran la dación en pago

La dación en pago responde a una situación muy frecuente. Un deudor que debe una prestación determinada, por el motivo que sea, estima preferible saldar su obligación con otra distinta. El acreedor, por su parte, puede ver mejor satisfechos sus intereses con esta nueva prestación, y accede a recibir una por otra, *aliud pro alio*. O quizás sea pragmático, y ante la insolvencia de su deudor, prefiere pagarse con lo que le ofrece antes que iniciar una acción de cumplimiento de dudoso resultado. El deudor ejecuta esta nueva prestación, dando una cosa, o efectuando o absteniéndose de un hecho.

La dación en pago es particularmente frecuente cuando el deudor de una obligación dineraria se encuentra pasando por una situación de falta de liquidez, que lo obliga a buscar con sus acreedores arreglos distintos del cumplimiento exacto de la obligación. En España, después de la última crisis económica, hubo de dictarse una normativa especial para la dación en pago de inmuebles gravados con hipoteca, atendiendo precisamente a situaciones como la descrita².

Sin embargo, eso no quiere decir que la dación exija de suyo una situación de insolvencia, o que se dé exclusivamente en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones³. Esta restricción de la función que cumple la dación en pago a una sola hipótesis no aparece justificada por lo que realmente ocurre en el tráfico jurídico, pues las razones que llevan a pactar una dación en pago son muy variadas.

Dentro de nuestra doctrina, Barrios y Valls distinguen una hipótesis típica de dación y otras hipótesis en que no existe una auténtica dación en pago. La primera se configura cuando las partes buscan lisa y llanamente extinguir la obligación; las otras involucran una especulación, por cuanto deudor y

² Se trata del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. La ley dispone que los deudores situados dentro del llamado “umbral de exclusión” pueden solicitar a las entidades financieras acreedoras que se han adherido al Código de Buenas Prácticas (que figura como anexo del Real Decreto-Ley) si las quitas y esperas previstas no resultan suficientes, la dación en pago del inmueble garantizado con hipoteca. Las entidades financieras deben aceptar esa dación, cumplidas las condiciones dispuestas en el mismo Código de Buenas Prácticas (p. ej. cumplimiento de plazos) produciéndose la completa extinción de la deuda, sin importar el valor del inmueble hipotecado. Para un comentario crítico de esta ley, puede consultarse BELINCHÓN (2012b).

³ Así lo sostiene, entre otros, BELINCHÓN (2012) pp. 109 y 134.

acreedor buscan no solo extinguir la obligación sino también procurarse una ventaja específica, como obtener una cosa de más valor que la que se debe, o liberarse de la deuda con una de menor valor⁴. Sobre esta distinción Barrios y Valls construyen su peculiar teoría general de la dación en pago, adoptando una sistematización de los requisitos que no sigue el resto de la doctrina.

En nuestra perspectiva, la dación en pago cumple una función más amplia: se dirige a facilitar el cumplimiento de una obligación, o en general, a reemplazarlo por una prestación que las partes estiman más conveniente. La gran mayoría de los autores no distingue entre una hipótesis típica y otras que no lo son, ni restringen su ámbito de aplicación a situaciones de incumplimiento o insolvencia.

2. Definición de dación en pago

Nuestro Código Civil no define la dación en pago⁵. A ejemplo del Código Civil francés, tampoco la incluye en la enumeración de los modos de extinguir las obligaciones que hace el art. 1567, ni la regula en ninguno de sus títulos. No encontramos tampoco un tratamiento sistemático de la dación en pago en otros cuerpos legales⁶.

⁴ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 11 y siguientes.

⁵ Algunos autores nacionales y extranjeros han creído encontrar en el art. 1569 la figura de la dación en pago. De acuerdo a su inciso segundo, *el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida*. Si esta norma se interpreta a *contrario sensu*, se concluye que no existe inconveniente en que acreedor y deudor acepten dar por extinguida la obligación por una prestación distinta de la que se debe, es decir, efectuar una dación en pago: ALESSANDRI (1934) p. 355; y dentro de la doctrina española, comentando la norma correspondiente, BELINCHÓN (2012) pp. 98 y s.

⁶ Sí hacen un tratamiento de la dación en pago los códigos alemán y peruano, a los que no podemos dejar de hacer referencia.

El Código Civil Alemán, en su §364, señala que: “1. Una obligación queda extinguida si el acreedor acepta, en lugar del cumplimiento, una prestación distinta de la debida. 2. Si el deudor, con el propósito de satisfacer al acreedor, asume una nueva obligación hacia él, no se presume, en caso de duda, que asuma la obligación en lugar del cumplimiento”; y el §365 agrega: “Si una cosa, un crédito contra un tercero, o cualquier otro derecho se entrega en lugar del cumplimiento, el deudor concederá una garantía, de la misma manera que un vendedor, contra un defecto en el derecho o en la cosa”.

El Código Civil Peruano trata la dación en pago en dos artículos: el 1265 y el 1266. Su texto es el siguiente: “Noción. El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”; “Normas

Sin embargo, la ley no ignora esta figura. Por tomar únicamente el Código Civil, podemos mencionar el artículo 2382, que trata del destino de la fianza cuando la obligación se extingue por dación en pago; y el art. 1792-22, que se ocupa de la extinción del crédito en el régimen de participación de gananciales, por dación en pago; se trata del único artículo del Código Civil que llama a la dación en pago por su nombre. Nos referiremos a ellos en el Capítulo IV.

La doctrina nacional ofrece varias definiciones. Claro Solar define la dación en pago como un “acto en que el deudor da al acreedor, en ejecución de la prestación a que está obligado y con el consentimiento del acreedor, una prestación diversa”⁷. Abeliuk señala que “consiste en que por un acuerdo del acreedor y deudor la obligación se cumpla con un objeto distinto al debido”⁸. Vial la define como “convención en virtud de la cual el acreedor acepta extinguir la obligación recibiendo del deudor otra cosa distinta de la que se le debe”⁹. Finalmente, Barrios y Valls definen dación en pago como “un modo de extinguir las obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido”¹⁰.

Hemos querido citar varias definiciones para poner de relieve la diversidad de énfasis que hace cada autor. Mientras Claro Solar y Barrios y Valls señalan que la dación consiste en el acto de ejecución de la prestación, Abeliuk y Vial afirman que lo esencial de la dación está en el acuerdo o convención.

A partir de estas dos perspectivas, podemos afirmar de manera aproximada que la dación en pago consiste en estas dos cosas: (i) en que acreedor y deudor convienen en dar y recibir un *aliud pro alio*, y (ii) en que efectivamente se ejecuta así la prestación¹¹. La existencia en el seno de la dación en pago de estas dos cosas, es decir de una convención y de su ejecución, nos servirá como dato fundamental. El modo en que se conjugan es sin embargo

aplicables a la dación en pago. Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa”. Puede apreciarse la semejanza entre las disposiciones de estos cuerpos legales.

⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 361.

⁸ ABELIUK (2014) t. II, p. 829.

⁹ VIAL (2007) p. 422.

¹⁰ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 53.

¹¹ BELINCHÓN (2012) pp. 162 y s.: la dación en pago “aparecería constituida por dos elementos en el seno de su estructura: un elemento consensual y un elemento real, por lo que se ha de reconocer, en la dación en pago, cierta naturaleza negocial”.

complejo, y ha dado lugar a diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación, que abordaremos en el Capítulo IV.

II. ELEMENTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Corresponde ahora delinear los elementos que perfilan la institución, esto es, los requisitos necesarios para que se perfeccione.

Nos sujetaremos a la sistematización que ofrece Giorgi¹², que exige cuatro requisitos para que se perfeccione la dación en pago: una prestación *animo solvendo*, diferencia entre la prestación debida y la ejecutada, consentimiento de las partes, y capacidad de éstas¹³. Analicemos cada uno de estos elementos.

1. Prestación *ánimo solvendo*

Se configura este requisito por la ejecución de una prestación efectuada con la intención de extinguir la obligación¹⁴.

Podemos distinguir una doble dimensión en este requisito, objetiva y subjetiva. La dimensión objetiva está en la prestación misma que se ejecuta; la subjetiva, en la intención (*animus solvendi*) con que se ejecuta.

¹² GIORGI (1912) pp. 340 y ss.

¹³ Añaden algunos autores que deben cumplirse solemnidades legales en ciertos casos, como cuando la cosa que se da en pago es un bien raíz, pues entonces debe mediar el otorgamiento de escritura pública y su inscripción: cfr. MATURANA (1935) p. 27; y ABELIUK (2014) t. II, p. 840.

Maturana agrega que el consentimiento puede ser también tácito, como en el caso del art. 2403, en el que el acreedor imputa los frutos de la cosa dada en prenda al pago de la obligación principal: MATURANA (1935) pp. 28 y s. Este caso parece más bien una compensación o incluso una regla especial de imputación del pago; por de pronto, falta el consentimiento. Además, existe jurisprudencia que exige que el consentimiento se otorgue en forma expresa: *SonexPacifiLimited con Importadora Sino International Ltda.* (2008).

¹⁴ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362. BELINCHÓN (2012) pp. 109 y s., exige que esa obligación esté vencida y exigible. Nos parece que la dación en pago no se opera necesariamente en el campo del incumplimiento de las obligaciones, y por lo tanto, la dación en pago en el seno de una obligación con un plazo pendiente es admisible, y bien puede configurar una renuncia tácita de esta modalidad en los términos del art. 1497 del Código Civil.

Esta distinción encuentra su fundamento en el triple elemento que, de acuerdo a Barrientos, existe en el acto del pago: 1. Una solución o causa del pago, es decir, una convención entre acreedor y deudor en orden a dar y recibir una cosa. 2. Un pago efectivo, que es el acto de tradición de la cosa debida. 3. Un objeto o finalidad perseguida: la extinción de la relación obligatoria¹⁵. Aplicando esta distinción a la dación en pago, descubrimos el primero de estos elementos en el requisito del consentimiento de las partes (que abordamos en la letra c) de este capítulo); el segundo y el tercero lo constituyen las que hemos llamado dimensión objetiva y subjetiva, respectivamente.

A) DIMENSIÓN OBJETIVA

En general se admite que se dé en pago una cosa, un hecho o una abstención¹⁶. Con todo, Claro Solar advierte que, en sentido estricto, solo existe verdadera dación cuando se da algo *rem pro re* o bien *rem pro pecunia*¹⁷, lo cual no solo explicaría el nombre que recibe esta figura (pues la palabra “dación” sugiere dar una cosa), sino que evitaría algunos problemas que se producen si se amplía su aplicación a la dación de créditos (*nomen iuris pro re*) y a la prestación de hechos y abstenciones¹⁸. De esta última hipótesis nos ocuparemos al examinar el momento en que debe verificarse el acuerdo entre acreedor y deudor. Ahora, nos referiremos a la dación de créditos en pago de una deuda.

Para Claro Solar la dación *nomen iuris pro re* (un crédito por una cosa) solo es dación en sentido lato y se confunde con la novación, distinguiéndose entre cesión de un crédito cuyo deudor es el mismo cedente (y entonces existe novación por cambio de objeto), y cesión de un crédito cuyo deudor es una persona distinta. En este caso, debe a su vez distinguirse entre la *cessio in solutum* que libera al cedente de la obligación y que constituye una novación por cambio de objeto y de deudor; y la *cessio pro solvendo*, en que sin haber novación, tampoco hay dación por no revestir el carácter liberatorio propio de los modos de extinguir¹⁹.

¹⁵ BARRIENTOS (2003) pp. 69-76

¹⁶ ALESSANDRI (1934) p. 355; BARRIOS y VALLS (1961) p. 65; ALBALADEJO (1970) t. II, p. 96; DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, p. 196; BELINCHÓN (2012) p. 116 (la autora previamente ha matizado la distinción entre las distintas categorías de obligaciones). El Código Civil Alemán, en su art. 365, lo señala expresamente.

¹⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366.

¹⁸ MATURANA (1935) p. 21.

¹⁹ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 371.

Abeliuk, en cambio, afirma que es posible configurar una dación *nomen iuris pro re*. “En la *cessio in solutum*, el título que antecede a la cesión es evidentemente una dación en pago: la *datio in solutum*. Sin embargo, se producen confusiones con la novación, y si se cuenta con el consentimiento del deudor cedido (...) puede ser difícil la distinción”²⁰. Añade que si falta el consentimiento del deudor del crédito cedido, hay dación en pago. Así lo dispondría el art. 1636 del Código Civil, que señala que en ese caso no hay novación sino solamente cesión de acciones²¹.

Finalmente, hay autores, como Albaladejo o Latour, que expresamente aceptan que se pueda dar en pago un crédito, sin mayores limitaciones²².

Esta cuestión exige hacer una doble distinción: por un lado, debemos distinguir la cesión de la dación; y por otro, los efectos *pro soluto* y *pro solvendo*²³.

- 1st. Existe dación cuando lo que se da, se entrega en propiedad, de tal modo que existe una translación del dominio.
- 2nd. Existe cesión cuando lo que se entrega, se entrega para su realización, de tal manera que la cesión envuelve un mandato de vender determinadas cosas para aplicar su producto a la extinción de la deuda²⁴.
- 3rd. El efecto *in solutum* es el efecto liberatorio definitivo, de tal manera que la entrega de la cosa en propiedad (dación), o bien su realización

²⁰ ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434. Albaladejo (1970) t. II, p. 97, nota 53, dice que accidentalmente la dación en pago puede constituir novación en la dación de un crédito.

²¹ ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434. Coherentemente, el autor ve en el art. 1913 del Código Civil una auténtica dación en pago *nomen iuris pro re*.

²² ALBALADEJO (1970) t. II, p. 97. p. 65; LATOUR (1953) p. 627

²³ BELINCHÓN (2012) pp. 129 a 131.

²⁴ No debe entenderse aquí el término cesión, como sinónimo de tradición de los derechos personales, que es la acepción que da a este concepto nuestro Código Civil. Cuando Abeliuk afirma que: “En la *cessio in solutum*, el título que antecede a la cesión es evidentemente una dación en pago: la *datio in solutum*”: ABELIUK (2014) t. II, p. 1252, nota 1434, nos parece que el autor confunde la cesión de créditos (tradición de derechos personales) con la *cessio in solutum*, siendo cosas distintas.

Obviamente, la distinción entre dación y cesión tiene sentido cuando nos estamos refiriendo a obligaciones de dar: es imposible transferir el dominio de hechos o abstenciones, o hacer cesiones con este objeto.

(cesión), da por extinguida el total de la deuda –sin importar a cuánto ascienda el valor de la cosa o el producto obtenido por su realización.

- 4th. El efecto *pro solvendo* es una limitación del efecto extintivo o liberatorio, por cuanto la obligación subsistirá en lo no cubierto por el valor de la cosa (dación) o por el producto de su realización (cesión).

Pueden por lo tanto concebirse: *datio in solutum*, *datio pro solvendo*, *cessio in solutum* y *cessio pro solvendo*. La dación en pago de que se ocupa este trabajo, que se adecua a los hechos que la configuran descritos en el Capítulo II, se identifica con la primera y la segunda de estas figuras: se entrega una cosa en propiedad, operándose la extinción parcial o definitiva de la deuda, según se desprenda de la voluntad de las partes.

¿Puede esto verificarse en la dación *nomen iuris pro re*? Es perfectamente admisible que el deudor entregue en propiedad a su acreedor un crédito (figurando como deudor el mismo cedente deudor, o bien un tercero), y que esta entrega opere la liberación parcial o definitiva de la obligación. Se presume, de acuerdo a la parte final del art. 1907 del Código Civil, que esa dación de créditos se hace con efectos *pro solvendo*²⁵.

Si esta figura se identifica o no con alguna forma de novación, es un punto que corresponde esclarecer al determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago, cuestión que no queremos adelantar, ateniéndonos al método inductivo que se ha querido seguir en este trabajo.

B) DIMENSIÓN SUBJETIVA

La doctrina es prácticamente unánime en exigir el *animus solvendi* de las partes²⁶. Podemos describirlo como la intención de extinguir la obligación, el ánimo extintivo²⁷. El deudor que ejecuta una prestación por otra, lo hace con la intención de extinguir la primitiva deuda; el acreedor que acepta la ejecución de una prestación distinta, busca satisfacer su acreencia.

²⁵ Esta disposición, ubicada entre las normas referidas a la cesión de créditos (entendida como tradición de los derechos personales) recibe aplicación en la dación en pago de créditos, en atención a lo señalado en nota 24.

²⁶ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362; VIAL (2007) p. 422; BARRIOS Y VALLS (1961) p. 39; DIEZ-PICAZO Y GULLON (1998) vol. II, p. 197; BELINCHÓN (2012) pp. 171 y ss.

²⁷ SERRANO (2011) p. 149, a propósito del pago que hace un tercero, define este *animus solvendi* como “la voluntad de querer extinguir la deuda”.

Se ha cifrado en esta intención el argumento fundamental para excluir en la dación la naturaleza jurídica de una novación: en la dación existe un *animus solvendi* y no un *animus novandi*, pues no se busca crear una nueva obligación sino por el contrario extinguir la única existente²⁸.

Nos parece que la exigencia de un *animus solvendi* no permite sacar esta conclusión. En primer lugar, se define el *animus solvendi* más por lo que no es que por lo que es: intención de no crear una nueva obligación. Lo cierto es que el *animus solvendi* no es más que la intención de extinguir la obligación, y que en la novación coexiste con el *animus novandi*, pues no solo se crea una nueva obligación sino que también se extingue la anterior.

Se invoca para resaltar la importancia del *animus solvendi* el carácter central que juega el consentimiento en esta materia: si se pregunta a las partes, éstas no dirán que pretenden crear una nueva obligación, sino, lisa y llanamente extinguir la que existe²⁹. La premisa es cierta: no puede atribuirse a las partes una intención que no han tenido. Sin embargo, la calificación jurídica de esa intención no les corresponde a ellas. Así, y presupuesta la intención de dar *aliud pro alio*, nada obstaría a que algún autor afirme la existencia de un *animus novandi* subyacente a la dación³⁰.

Entonces, ¿cuál es el rol de este *animus solvendi*? A nuestro juicio, permite atribuir a la obligación el acto de ejecución de la nueva prestación. Si un acreedor de cierta cantidad de dinero, recibe del deudor una especie o cuerpo cierto, podemos afirmar que la primera obligación se extinguió porque vemos que deudor y acreedor comparten una común voluntad de querer

²⁸ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 27. Sin embargo, Alessandri, principal y prácticamente único autor de la doctrina nacional que sostiene la teoría de la novación, no encuentra obstáculo en afirmar que las partes tienen la intención de extinguir la obligación creando una nueva, que alcanza a vivir un minuto siquiera: ALESSANDRI (1934) p. 355.

²⁹ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 27.

³⁰ Así, algunas sentencias de la Corte Suprema reservan al tribunal la calificación jurídica de un acto como generador o extintivo de obligaciones, señalando que existe dación aunque las partes hablen de compraventa: *Carmona con Molina* (1996).

BELINCHÓN (2012) pp. 171 y s., parece entender este *animus solvendi* desde una perspectiva distinta. No se trataría tanto de una intención subjetiva de las partes, como de la causa objetiva del acto jurídico, cuya función socioeconómica sería exclusivamente extinguir una obligación en la etapa de incumplimiento. Una dación *contrahendi causa*, realizada al inicio de la relación jurídica, no es dación en pago porque encuentra una causa distinta del *animus solvendi*.

Pero no se justifica este carácter restrictivo del *animus solvendi*, pues la dación puede acordarse no solo ante una situación de incumplimiento.

extinguir la deuda de dinero: faltando esa voluntad, lo único que veríamos sería un pago de lo no debido³¹.

2. Diferencia entre prestación debida y ejecutada³²

Cuando la diferencia está en las categorías generales en las que habitualmente se clasifica una obligación (de dar, hacer o no hacer), este elemento se hace evidente y no exige mayor comentario. Tampoco reviste dificultad identificar la diferencia dentro de las prestaciones de dar, cuando una es de género y otra de especie o cuerpo cierto.

Siguiendo a Claro Solar, advirtamos que la variación de estado del cuerpo cierto que se debe no es suficiente para que se configure una dación en pago, puesto que éste se debe en el estado en que se encuentre (art. 1590). En la entrega de un género por otro, ha de atenderse a la intención de los contratantes para determinar si la diferencia es suficiente como para estimar que la prestación ejecutada no es un pago efectivo de la obligación³³.

Agreguemos que las reglas de los arts. 1646 y siguientes, que establecen en qué casos la diferencia entre obligaciones no es suficiente para que exista novación, pueden ser una buena orientación práctica. Abeliuk, que no sigue la teoría de la novación, aplica por analogía las normas referidas a la diferencia entre las prestaciones, a la dación en pago³⁴.

3. Consentimiento de las partes³⁵

Este requisito fluye, *a contrario sensu*, del inciso segundo del art.1569: “El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. Es de toda lógica que, si el deudor pretende extinguir su obligación con una prestación distinta de la debida, deba contar con la venia de su acreedor; es igualmente justo

³¹ SERRANO (2011) p. 149. En este trabajo sobre la legitimidad para el pago de un tercero, la autora le asigna un papel semejante al *animus solvendi*: el de atribuir la ejecución de una prestación por un tercero, a una obligación de la que no es deudor.

³² GIORGI (1912) p. 342; CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 362 y ss.

³³ CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 362 y ss.

³⁴ ABELIUK (2014) t. II, p. 841.

³⁵ CLARO SOLAR (1979) t. XII, pp. 364 y s.

que el acreedor no pueda pretender pagarse con otra cosa distinta de la debida, si su deudor no consiente en ello³⁶.

Como hemos dicho al principio de este trabajo, en la dación en pago existe un doble elemento: la convención que celebran el acreedor y el deudor, y la ejecución de la prestación. Nos centraremos en el primer elemento, esto es, la convención, y concretamente trataremos (i) del momento en que debe celebrarse el acuerdo de voluntades;(ii) del modo en que debe considerarse el objeto de esa convención;y (iii) de si constituye o no un título translaticio.

A) MOMENTO EN QUE DEBE CELEBRARSE LA CONVENCION

El acuerdo no puede ser coetáneo al contrato de que mana la obligación, o formar parte de él. No habrá en estos casos verdadera dación sino pago efectivo, pues el deudor que de este modo extingue su obligación, paga lo que debe. En otras palabras, no existirá una diferencia entre la prestación debida y la ejecutada, pues realmente son una sola³⁷.

Sin embargo, un punto sobre el que no existe consenso es si la convención ha de ser coetánea a la ejecución de la prestación, o bien si puede celebrarse en forma previa. Alessandri, Claro Solar y Abeliuk, y Belinchón Romo en la doctrina española, exigen coetaneidad³⁸. Barrios y Valls y, en la doctrina española, Díez-Picazo, no la exigen³⁹.

³⁶ Si aplicamos la sistematización de los elementos del pago que ofrece Barrientos (*vid. supra*, letra a) debemos concluir que este requisito es más que una exigencia de respeto al principio de identidad, pues incluso en el pago efectivo debe existir una convención antecedente que justifique la tradición de la cosa: la “solución” o causa del pago: BARRIENTOS (2003) p. 70 y s.

³⁷ Por esta razón, no existía verdadera dación en el hoy derogado art. 123 del Código de Comercio, que señalaba: “No hay novación cuando el acreedor recibe en pago documentos negociables, en cumplimiento de un pacto accesorio al contrato de que proceda la deuda”: BARRIOS y VALLS (1961) pp. 96 y s.

³⁸ ALESSANDRI (1934) p. 355; ABELIUK (2014) t. II, p. 841; CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 365; BELINCHÓN (2012) p. 172 y ss.; esta autora cita más doctrina en el mismo sentido. ALBALADEJO (1970) t. II, p. 96, nota 51, va incluso más allá, señalando que la convención se verifica por la misma tradición, y es, por lo tanto, un contrato real. SERRANO (1978) p. 429, señala que la dación “*se asemeja a los contratos reales sin serlo*”. No puede ser un contrato real porque, a su juicio, no necesariamente tiene por objeto una cosa, sino que también podría tener por objeto hechos o abstenciones. En esto se demuestra incoherente, porque si se exige simultaneidad, no pueden darse en pago hechos o abstenciones.

³⁹ BARRIOS y VALLS (1961) p. 49, aunque señala que la dación solamente se perfecciona por la ejecución de la prestación; Díez-Picazo y GULLÓN (1998) vol. II, p. 196. FINEZ (1995) p.

Si se admite la posibilidad del diferimiento de la ejecución, entonces podrán ser objeto de dación en pago hechos o abstenciones, pues es evidente que no puede convenirse en extinguir la obligación por alguna de estas prestaciones, y ejecutarlas al mismo tiempo. Así, si se debe una cantidad de dinero y el deudor ofrece construir una casa a su acreedor, deberá existir un transcurso de tiempo entre esa convención y la ejecución de la prestación, y esto no obstará a que exista verdadera dación. Por el contrario, si se exige coetaneidad entre acuerdo de voluntades y ejecución de la prestación, no podrán ser objeto de dación en pago hechos o abstenciones. La cuestión no es, por lo tanto, ociosa.

Varios autores intentan resolver este punto a partir de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

Alessandri afirma que la dación es una forma de novación, siendo la diferencia específica con ésta la simultaneidad entre consentimiento y ejecución de la nueva prestación.

Abeliuk, negando que la dación sea una novación por cambio de objeto, admite que el diferimiento de la ejecución de la nueva prestación hace que la dación degenera en novación. Coherente con sus premisas, señala que los hechos o abstenciones no pueden ser objeto de dación en pago, sino de novación objetiva. Coincide en uno y otro punto con Claro Solar.

Barrios y Valls no se conforman con esta solución. Si en la dación la ejecución se difiere, no hay por eso novación ni título translaticio alguno: la cosa que se dará en pago no es realmente debida, y por ende no existe la creación de una nueva obligación que caracteriza a la novación y a todo título translaticio. Concluyen que se puede dar en pago un hecho o una abstención⁴⁰.

En nuestra opinión, el problema del diferimiento no puede resolverse desde la naturaleza jurídica que *a priori* se le pueda atribuir. Por el contrario, debemos determinar esa naturaleza jurídica desde los hechos que la constituyen y la función que cumple en el tráfico jurídico. Y puesto que la dación

1506, parece admitir tácitamente el diferimiento.

⁴⁰ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 65. LATOUR (1953) p. 627, también admite que el objeto de la dación pueda ser un hecho o abstención, o un crédito. Para ello se funda en razones de texto legal, pues el art. 1849 del Código Civil Español (equivalente a nuestro art. 2382) admite la dación de inmuebles u otros cualesquiera efectos. En el mismo sentido, Serrano (1978) p. 431, que no solamente no exige simultaneidad sino que incluso admite que la nueva prestación sea condicional o aún que tenga por objeto una cosa futura.

en pago se dirige a facilitar el cumplimiento de una obligación, o a reemplazarlo por una prestación más conveniente para las partes, no se divisa razón que lleve a exigir simultaneidad entre el acuerdo y la ejecución de la nueva prestación.

B) MODO EN QUE DEBE CONSIDERARSE EL OBJETO DE LA CONVENCION

Por un lado, puede considerarse el objeto de la dación *in obligatione* (en la obligación), como realmente debida, de modo que su entrega sería susceptible de ejecución forzada. Por otro lado, puede considerarse la cosa dada en pago *in facultate solutionis* (en la facultad del deudor, que puede pagar con ella): el deudor no se encuentra obligado a entregarla, y por ende, en sentido estricto, no la debe. Sin embargo, acreedor y deudor han convenido en que éste se liberará del vínculo obligatorio por la prestación con que está facultado para pagar, como ocurre en las obligaciones llamadas facultativas⁴¹.

Claro Solar se esfuerza por distinguir obligación facultativa y dación en pago, pero radica la diferencia en el momento en que se incluye la cosa *in facultate solutionis*: si ésta se introduce al momento del contrato, entonces la obligación es facultativa; si se introduce al momento de ejecutar la prestación, existe dación en pago⁴². Al cifrar la diferencia en un elemento accidental a la relación obligatoria, asume implícitamente que la cosa que se da en pago se encuentra *in facultate solutionis*. Giorgi opta por identificar del todo la obligación facultativa con la dación en pago, que vendría a ser su cumplimiento⁴³. Maturana es de la misma opinión⁴⁴.

Son pocos los autores que plantean una distinción de fondo entre dación en pago y obligación facultativa. Fínez, por ejemplo, rechaza todo efecto modificativo al pacto, y este solo argumento, quizás un poco apriorístico, le basta para desechar la equiparación entre dación y obligación facultativa⁴⁵.

La mayoría es de opinión contraria. Aparte de Giorgi, Maturana, Claro Solar y Abeliuk, ya citados, otros autores parecen equiparar dación en pago y obligación facultativa. En la óptica de Barrios y Valls, el acuerdo de voluntades es solamente un antecedente que justifica la ejecución de la prestación

⁴¹ Sobre las diferencias prácticas que existen entre cosas que se encuentran *in obligatione* e *in facultate solutionis*, puede consultarse CLARO SOLAR (1979) t. X, pp. 340 y ss.

⁴² CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 362.

⁴³ GIORGI (1912) p. 344.

⁴⁴ MATURANA (1935) p. 31.

⁴⁵ FÍNEZ (1995) p. 1481.

sin extinguir la obligación primitiva⁴⁶. Vial sigue precisamente este concepto⁴⁷. Es también nuestra opinión: el objeto debido en virtud del acuerdo de dación en pago, se encuentra *in facultate solutionis*, de tal modo que, cuando la convención se verifica en un momento previo a la ejecución de la nueva prestación, el acreedor no puede exigir su cumplimiento forzado, sino únicamente el objeto inicialmente debido, a tenor del art. 1506. Debemos concluir que el acuerdo o convención transforma la obligación de objeto único en obligación facultativa.

C) EL ACUERDO DE VOLUNTADES COMO TÍTULO TRANSLATIVO DE DOMINIO

Dice el art. 703 que son títulos translativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. ¿Sirve la dación en pago, por su naturaleza, para transferir el dominio? ¿Justifica, en los términos del citado artículo, la posesión del acreedor?

Como hemos adelantado, Barrios y Valls señalan que no puede considerarse título translativo la dación en pago. En efecto, lo propio del título translativo es crear la obligación de dar una cosa, es decir, de transferir el dominio de la misma. Pero siendo la dación un modo de extinguir las obligaciones, y por lo tanto una convención extintiva y no un contrato, no crea obligaciones de ningún género, y no puede considerarse título translativo⁴⁸. Sin embargo, y como reconocen los mismos autores, toda la doctrina francesa y el resto de la nacional se inclinan por conceder a la dación el carácter de título translativo.

Maturana afirma que la dación en pago es un título translativo, y que por ende debe excluirse que se trate de una enajenación, puesto que en nuestro sistema el título y el modo, la fuente de la obligación y el modo de extinguirla, deben distinguirse⁴⁹. El argumento es el inverso del de Barrios y Valls: para éstos la dación no es título porque es enajenación; para aquél, la dación no es enajenación porque es el título translativo.

⁴⁶ BARRIOS Y VALLS (1961) p. 26.

⁴⁷ VIAL (2007) p. 423; confróntese, en el mismo sentido, CRUZ (2000) pp. 8 y s.

⁴⁸ BARRIOS Y VALLS (1961) pp. 48 y ss. Para sostener esta argumentación, acuden a la figura del pago, en que existe, como en todo acto jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades. Sin embargo éste no es el título translativo que justifica la tradición de la cosa, sino un mero antecedente necesario para efectuar la prestación de lo que se debe. Este argumento presenta el defecto metodológico de asignar en abstracto una naturaleza jurídica a la dación (la de un modo de extinguir estrechamente vinculado al pago efectivo) y luego extraer conclusiones que solo podrían apreciarse en concreto.

⁴⁹ MATURANA (1935) p. 37.

Aquí es preciso volver a la distinción que enunciábamos al principio de este trabajo. En la dación se encuentra presente un doble elemento: la convención que celebran acreedor y deudor, en virtud de la cual uno y otro acuerdan dar y recibir *aliud pro alio*, y la ejecución de esa convención por la prestación que ejecuta el deudor, esto es, la entrega de la cosa. La dación en pago consiste en uno y otro elemento, y no en uno con exclusión del otro.

Los argumentos de Barrios y Vallsy de Maturana ignoran esta doble dimensión. En efecto, es evidente que la ejecución de la prestación reviste el carácter de una convención extintiva, de una enajenación; pero esto no es así en lo que se refiere al acuerdo de voluntades.

Si para transferir válidamente el dominio a otra persona se exige la existencia de un título translaticio, no podemos negar esta calidad a la dación. Es forzar las cosas argumentar que el título translaticio que justifica la entrega es el que creó la obligación primitiva: su objeto es distinto del que se da en pago⁵⁰. Por lo tanto, debe considerarse el elemento convencional de la dación como un título translaticio: solo así se justifica el dominio que adquiere el acreedor⁵¹. Esto no excluye, como sostiene Maturana, que la dación sea también una enajenación, pues su segundo elemento no es sino la tradición de la cosa que se da en pago⁵².

En síntesis, es indispensable el consentimiento en dar y recibir *aliud pro alio*, por parte de acreedor y deudor. El acuerdo de voluntades no necesariamente debe ser simultáneo a la ejecución de la prestación (por lo que el objeto de la dación podría ser un hecho o una abstención), y consiste en permitir al deudor pagar con una cosa distinta de la debida, transformando la obligación en facultativa. Respecto a la cosa que se da en pago, la convención es título translaticio de dominio, y por ende justifica la posesión del acreedor, en la medida en que exista buena fe: en tal caso, si el acreedor no se hace dueño por la tradición, podrá invocar la prescripción adquisitiva

⁵⁰ Otra cosa es que, de alguna manera, el nuevo acuerdo se inserte o incorpore en el contrato, del cual tomará su causa y su carácter oneroso o gratuito.

⁵¹ En el mismo sentido, MATURANA (1935) p. 37; y ABELIUK (2014) t. II, p. 843. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema es conteste sobre este punto: *Olguín con Inversiones Automotrices S.A.* (2009) *Alvarado* (2011).

⁵² A propósito de los elementos del pago, Barrientos afirma –en un sentido diverso del que se emplea habitualmente– que el pago es un acto complejo en el que la solución (o convención de pago) es la causa o título translaticio del pago efectivo (el acto de tradición de la cosa debida): BARRIENTOS (2003) pp. 71-73.

ordinaria cumplidos los demás requisitos⁵³. Éstas son las notas fundamentales del acuerdo de voluntades.

4. Capacidad de las partes⁵⁴

La capacidad de las partes, requisito general de todo acto jurídico, es también un elemento de la dación en pago. ¿Qué capacidad se exige a cada una de ellas?

El acreedor debe tener la libre disposición de su crédito; si es un incapaz relativo, puede obrar con la autorización de su representante o bien representado por éste. Si el deudor en concurso acepta recibir en pago una cosa distinta de la debida, la dación es nula de conformidad al art. 2467; si la dación se celebra durante el año inmediatamente anterior al inicio del procedimiento concursal, el número 2 del art. 287 y el número 2 del art. 290 de la Ley 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, expresamente permiten rescindir el acto por la acción revocatoria prevista en esa disposición.

La capacidad para recibir el pago(para el cual, de acuerdo al art. 1581, no es necesario gozar de la libre administración de bienes), no es suficiente para aceptar una cosa distinta de la debida .El diputado para el pago necesita facultad especial para pagar dando una cosa distinta de la debida⁵⁵; un mandato será suficiente, en la medida en que la dación se efectúe para pagar una obligación contraída en el ejercicio de las facultades que otorga⁵⁶.

Puesto que la capacidad de pagar o de recibir el pago no es suficiente para efectuar daciones en pago⁵⁷, no son aplicables en este punto las reglas del pago.

Para acabar este capítulo, debemos agregar que no se exige para celebrar una dación en pago que el deudor sea efectivamente dueño de la cosa que entrega. La dación en pago de cosa ajena es válida, aunque no produce el

⁵³ Por supuesto, también podría el *accipiens* adquirir el dominio de la cosa por prescripción extraordinaria. Pero en ese caso sería irrelevante que el título no fuese justo. La adquisición por prescripción ordinaria reviste interés en la dación en pago, porque no solo exige buena fe, sino también un justo título.

⁵⁴ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366.

⁵⁵ GIORGI (1912) p. 343.

⁵⁶ Así, un mandatario capaz de celebrar un arrendamiento y de convenir su precio, debiera poder pactar una dación en pago para solucionar las obligaciones emanadas de ese contrato. Cfr. DALMAU y KURY (1996) pp. 390-393.

⁵⁷ CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 366; MATURANA (1935) p. 40.

efecto liberatorio porque no se ha transferido el dominio de la cosa al acreedor⁵⁸; es sin embargo un justo título, y por ende, habilita al acreedor que recibe de buena fe para adquirir la cosa por prescripción ordinaria.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Corresponde ahora determinar cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago. Es éste el punto más controvertido entre los autores que han estudiado esta figura: se pueden distinguir con nitidez cinco teorías sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago⁵⁹. Haremos una breve descripción de cada una y señalaremos los problemas que logra solucionar, así como las críticas que se le pueden plantear.

1. Teoría de la compraventa

Es quizás la que fluye de un modo más claro de los textos romanos⁶⁰. Goza de relativo éxito, si no en la doctrina moderna, sí en la jurisprudencia comparada⁶¹.

⁵⁸ MATURANA (1935) p. 77.

⁵⁹ Junto a esta diversidad de teorías, se ha afirmado que “la pretendida investigación de un concepto fijo y unitario que corresponda a la dación en pago y que permita resolver por simple deducción maquinales todos sus problemas, es una pura ilusión”: PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 307; DALMAU y KURY (1996) pp. 384-386, siguen estrechamente su opinión. Este escepticismo, basado en una crítica al método de la jurisprudencia de conceptos (íd, p. 306) conduce a aplicar a cada situación alguna de las diversas teorías, según al observador le parezcan más o menos justas sus soluciones. Es decir, confía a la intuición del juzgador lo que primero debiera resolverse en abstracto. Además, existe suficiente consenso en la doctrina en que la dación posee rasgos definidos y unívocos: SERRANO (1978) p. 427.

⁶⁰ En el Digesto (13.7.24) Ulpiano se pregunta qué ocurre cuando el acreedor prendario se adjudica la prenda y la cosa es evicta. Resuelve que la obligación caucionada con prenda fue extinguida, y otorga al acreedor la *actioutilis ex empto*, esto es, la acción de saneamiento de la evicción propia del contrato de compraventa “del mismo modo que si la cosa le hubiera sido dada en pago” (*quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit*). En esta clase de adjudicaciones no existe verdadera dación en pago; lo relevante es que expresamente se equipara la dación con la compraventa a efectos de otorgar al acreedor la *actioutilis ex empto* cuando la cosa resulta evicta. En la misma línea, en el Código (8.44.4) Antonino concede al que recibe una cosa dada en pago la acción de saneamiento de la evicción, “porque un contrato de tal naturaleza hace las veces de venta”.

⁶¹ DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, p. 197.

En efecto, en la dación *rem pro pecunia* parecen encontrarse los elementos de la esencia de la compraventa: cosa, precio y consentimiento. Cuando se da *rem pro re*, el contrato se asemeja a la permuta, a la que por lo demás se aplican las reglas de la compraventa⁶².

La doctrina, sin embargo, se muestra crítica con esta teoría, señalando los siguientes defectos:

- i. Desdibuja la institución de la dación en pago, pues según el objeto de la obligación que se extingue (*rem pro re*, *rem pro pecunia*), adoptaría formas jurídicas diversas. Y si el objeto de la dación es un hecho o una abstención, la crítica se profundiza, porque el acto deviene en un arrendamiento de servicios o incluso en un acto innominado, lo cual parece alejarnos demasiado de los modos de extinguir las obligaciones⁶³.
- ii. Desconoce la verdadera intención de las partes, que buscan extinguir una obligación y no crear una nueva, como ocurre en la compraventa. Valga lo dicho a propósito de la calificación jurídica del *animus solvendi*.
- iii. Lleva a resultados injustos. Pondremos dos ejemplos.

En el primero, una persona realiza un pago de lo no debido, entregando un fundo. Si la dación es realmente compraventa, entonces hubo contrato: las partes han establecido un precio (que el vendedor consideraba equivalente al supuesto crédito) y una cosa, consintiendo ambos en dar uno por otra. Por lo tanto, el que da en pago lo que no debe no podrá repetir contra el comprador, lo cual es no solo contrario a los textos romanos⁶⁴ sino también a la equidad⁶⁵.

En el segundo ejemplo, una persona dona a otra una suma de dinero, pero al momento de cumplir su obligación acuerda con el acreedor en dar en pago un fundo, que más tarde es reivindicado por un tercero. Si no hay

⁶² Esta asimilación entre permuta y compraventa es moderna, no existe en el Derecho Romano. Para MATURANA (1935) pp. 10 y s., aquí está la explicación a la antigua discusión sobre si la evicción de la cosa dada en pago extingue definitivamente la obligación. Cuando se da *rem pro pecunia* se extingue, pues la compraventa no obliga a transferir el dominio sino solamente a hacer la tradición; cuando se da *rem pro re* no se extingue, pues la permuta crea la obligación de transferir el dominio.

⁶³ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 20 y 32.

⁶⁴ Confróntese Digesto, 12.6.26.4.

⁶⁵ El ejemplo es tomado de POTHIER (1841) p. 304.

acción de evicción en la donación, ¿puede haberla en este caso? Si se afirma que en la dación hay una compraventa, debemos inclinarnos por la afirmativa; pero esta solución sería contraria a la equidad⁶⁶.

- iv. Desfigura la dación, transformándola en un contrato consensual, cuando en realidad comprende la tradición de la cosa (tratándose de obligaciones de dar), de acuerdo al doble elemento que hemos reconocido en la dación (acuerdo de voluntades y ejecución de la prestación)⁶⁷.

Es inevitable encontrar semejanzas entre la compraventa y la dación en pago. Pothier señala que se le hacen aplicables a la dación en pago, por analogía con la compraventa, las reglas de evicción por vicios redhibitorios, de la lesión enorme y del retracto⁶⁸. Y, en opinión de Puig, también aplican las reglas de la compraventa en lo que se refiere a la capacidad de las partes⁶⁹.

2. Teoría de la novación

La tesis de la dación en pago como una hipótesis de novación por cambio de objeto fue sugerida durante la fase de elaboración del Código Civil Francés⁷⁰ y ampliamente seguida por la doctrina francesa posterior⁷¹. En Chile, sin embargo, solo Alessandri adhiere a ella⁷².

De acuerdo a esta doctrina, la dación en pago comporta un acuerdo en virtud del cual deudor y acreedor consienten en novar la obligación primitiva, originándose una nueva obligación cuyo objeto es la cosa que se da en pago. Muchas veces esta obligación no sobrevive más que un momento, "*un minuto si se quiere*"⁷³, porque inmediatamente pasa a ser extinguida por el pago.

Esta teoría encuentra su más fuerte apoyo en el art. 2382: "si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda

⁶⁶ Este segundo ejemplo es tomado de PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 306.

⁶⁷ POTHIER (1841) pp. 304.

⁶⁸ POTHIER (1841) pp. 306.

⁶⁹ PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 305.

⁷⁰ BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 709. Se trata de las opiniones de Treilhard, Chabot y Lahary, manifestadas durante la discusión legislativa del proyecto.

⁷¹ BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 706.

⁷² ALESSANDRI (1934) p. 355.

⁷³ *Ibid.* BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE (1902) t. XII, p. 706, se valen de similar expresión.

irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto⁷⁴. Esa extinción definitiva se explicaría porque, al operar la novación, se extingue la obligación primitiva a que accedía la fianza, y por consiguiente la del fiador. Si luego la cosa resulta evicta, el pago de la nueva obligación es ineficaz en cuanto modo de extinguir, pero no por ello renace la obligación principal: al acreedor le queda únicamente la acción de saneamiento de la evicción. Esta argumentación, basada en una disposición relativa a la fianza, sería extensible a las demás cauciones prestadas por terceros⁷⁵.

Sin embargo, la doctrina de la novación ha sido duramente criticada:

- i. Las partes, al pactar la novación, no pretenden crear una obligación nueva sino extinguir la única existente. Volvemos sobre el *animus solvendi*: reiteremos que la calificación jurídica que las partes pudieran hacer no obsta a la existencia o no de un *animus novandi*.
- ii. Perjudica los intereses del acreedor⁷⁶, que por la dación se vería privado de la primitiva obligación quedándole únicamente la acción de evicción. A esta objeción podría contestarse que el acreedor consiente en esa novación, y por ende debe correr con el riesgo de evicción de la cosa, o al menos reservarse las garantías que aseguran el crédito, de acuerdo al inciso primero del art. 1642.
- iii. No explica satisfactoriamente algunos textos romanos, en virtud de los cuales, cuando la cosa dada en pago resulta evicta, renace o despierta la obligación principal⁷⁷.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1998) vol. II, p. 196, señala a propósito del art. 1849 del Código Civil Español (“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”) que la palabra “acepta” significaría no la prestación del consentimiento, sino la recepción de las cosas que el deudor da en pago. Esta interpretación es bastante discutible, y en general son pocos los autores que adhieren a ella. Por lo demás, en Chile no parece replicable, toda vez que la redacción original del precepto decía “recibe” en lugar de “acepta voluntariamente”, redacción que se mantuvo hasta el Proyecto Inédito: BELLO (1881) v. XIII, art. 2546. Para una argumentación más completa de la postura de Diez-Picazo, cfr. FÍNEZ (1995) pp. 1490 y ss.

⁷⁵ ALESSANDRI (1934) pp. 355 y s; BELINCHÓN (2012) p 237.

⁷⁶ MATURANA (1935) p. 44; FÍNEZ (1995) p. 1485.

⁷⁷ En el Digesto (43.3.46) Marciano señala que, en caso de evicción de la cosa dada en pago, aún parcial, subsiste la obligación primitiva (*manetpristinaobligatio*). Aquí vemos un contraste con las soluciones citadas en nota 60, pues en lugar de dar por definitiva-

Este renacimiento se encuentra recogido en nuestro Código Civil que, en el inciso segundo de su art. 1792-22, dispone que “renacerá el crédito [de gananciales], en los términos del inciso primero del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”⁷⁸.

Por lo demás, la redacción del art. 2382 en el Proyecto de 1842 recogía precisamente la idea del renacimiento de la obligación: “Si el acreedor recibe del deudor principal en descargo de la deuda un objeto diferente del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza; i aunque reviva la obligación primitiva por la evicción del objeto, no revive la fianza”⁷⁹. El cambio en la redacción no necesariamente implica un cambio del sentido; probablemente obedece a que Bello estimó que no corresponde a la ley resolver problemas doctrinales.

Es preciso explicar de algún modo estos antecedentes, y para ello la teoría de la novación se demuestra insuficiente.

- iv. Finalmente, nuestro Código Civil es bastante explícito al exigir, para que haya novación, que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar (art. 1634). Aunque la calificación

mente extinta la obligación concediendo al acreedor la acción de saneamiento de la evicción, se afirma que aquella extinción no operó.

Varias soluciones se han ideado para conciliar estos textos, “quizás inconciliables por ser evangelios de escuelas contrarias”: GIORGI (1912) p. 350. La más sencilla es la adoptada, entre otros, por Pothier, y que era común en la época previa a la dictación del Código Civil Francés: otorgar al acreedor tanto la *actioutilis ex empto* como la que emana de la obligación primitiva, desde el momento en que una y otra no son aparentemente excluyentes: POTHIER (1841) p. 305 y s.; confróntese también MATURANA (1935) pp. 15 y s.

Otras teorías son las de Accursio y Cuiacio, quienes distinguían según la modalidad de dación, aplicándose el texto de Marciano cuando se dan *rem pro rem* y el de Ulpiano cuando se da *rem pro pecunia*; y la de Fabro, Romussi y sus discípulos, de acuerdo a la cual la evicción por acción reivindicatoria del verdadero dueño hace revivir la obligación principal, mientras que la evicción por acción hipotecaria no, quedándole al acreedor evicto la *actioutilis ex empto*. Giorgi señala que ésta es la solución que debe adoptarse en nuestro sistema: GIORGI (1912) p. 350.

⁷⁸ Para CORRAL (1998) p. 177, esta solución debe aplicarse aun cuando el crédito de gananciales se encuentre afianzado por un tercero, aunque el art. 2382 disponga que esta responsabilidad se extinga definitivamente. El art. 1792-22 prevalece sobre el art. 2382 no por su especialidad, que le parece difícil de determinar, sino por el criterio de posterioridad.

⁷⁹ BELLO (1881) t. XI, p. 308. Se trata del art. 20 del Título XXXV del Libro Cuarto.

que las partes hagan de sus actos no tenga relevancia jurídica, como se ha subrayado, sigue siendo cierto que la novación obedece a pacto expreso. En la dación será común que las partes convengan dar *aliud pro alio* señalándolo explícitamente; pero puede no ser así, pues el consentimiento podría otorgarse aún en forma tácita⁸⁰. Estos supuestos no logran ser explicados por la teoría de la novación.

Algunas de estas críticas resultan infundadas. Además, la doctrina de la novación da una coherente explicación al art. 2382 en su redacción actual, y parece acorde a otras normas de leyes especiales, como el art. 125 del Código de Comercio⁸¹. Creemos, sin embargo, que los dos últimos argumentos expuestos arriba exigen una solución distinta de la equiparación de la dación en pago a la novación objetiva.

3. Teoría de la modalidad de pago

Es una teoría que encuentra algún sustento en textos romanos⁸². La dación en pago no sería otra cosa que un pago, que si bien reviste caracteres especiales (que hacen que hablemos de una modalidad), responde a la misma función solutoria y cumple todos sus efectos⁸³.

⁸⁰ Véase nota 13.

⁸¹ “Si se dieren en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados”. Barrios y Valls señalan que no existe verdadera dación en pago en esta disposición: BARRIOS Y VALLS (1961) pp. 95 y ss. En el mismo sentido, MATORANA (1935) p. 24. Además, en derecho mercantil, el efecto de comercio equivale a dinero, y por ende cuando se da un efecto en pago de una deuda de dinero, existe un pago efectivo, se presta lo que se debe. Apoya esta interpretación la lectura del número 2 del art. 287 y del número 2 del art. 290 de la Ley 20.720 de reorganización y liquidación de empresas y personas, que señalan ambos que “La dación en pago de efectos de comercio equivale al pago en dinero”, y el inciso tercero del art. 1° de la Ley 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero, que dispone que “para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado”.

⁸² En Instituciones, 3.30. Prefacio, Justiniano resuelve una antigua disputa entre sabinianos y proculeyanos, en torno al modo en que operaba la extinción de la obligación por dación en pago. Se pronuncia a favor de la extinción *ipso iure*. No es relevante en nuestro derecho moderno esta cuestión; sí lo es el modo en que se expresa Justiniano, al fundar su solución en la equiparación de la dación con el pago. También se ha citado en apoyo de esta teoría un texto del Código de Justiniano, 8.43.17.

⁸³ ALBALADEJO (1970) t. II, pp. 95 y s.; VIAL (2007) p. 423.

El corolario más importante de esta teoría es el relativo a la evicción de la cosa dada en pago. En este caso, no ha habido dación de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1575: *“el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”*.

La obligación, aparentemente extinguida, despierta. Y lo hace con todas sus cauciones y garantías: la evicción es oponible a terceros dueños de las cosas que se hubieren dado en prenda o hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, de modo que si el deudor no la cumple, el acreedor puede ejercer los derechos reales correspondientes para el pago del crédito.

La excepción a este efecto lo constituiría la fianza, pues, de acuerdo al art. 2382 la responsabilidad de los fiadores se extingue definitivamente cuando opera dación en pago, aun cuando después la cosa fuese evicta. Si esta liberación definitiva de los fiadores no obedece a la celebración de una novación objetiva, ¿cuál es el verdadero fundamento del art. 2382?

Pothier, principal antecedente de la norma que comentamos, señala que la liberación de los fiadores se explica porque, habiéndose extinguido aparentemente la obligación primitiva, éstos no pueden hacerse después responsables por la insolvencia sobreviniente de un deudor respecto del cual no pudieron ejercer sus derechos mientras fue solvente⁸⁴. Quienes adhieren a la teoría de la modalidad del pago, dan a este argumento el carácter de una moderación del rigor de los principios, hecha en nombre de la equidad, y que es aplicable únicamente a los fiadores en la medida en que estén de buena fe⁸⁵, de modo que ven en el art. 2382 una norma excepcional⁸⁶.

Esta interpretación fue la que tuvo a la vista Bello al redactar el art. 2382. En el Proyecto de 1853 cita expresamente bajo esta disposición el pasaje de

⁸⁴ POTHIER (1853) p. 267 y s. SOMARRIVA (1943) p. 193, añade que si no operara tal liberación definitiva y luego se produjera la evicción de la cosa dada en pago, los fiadores verían perjudicada su acción de reembolso pues ya no podrían pagarse su crédito en la cosa que fue objeto de dación.

⁸⁵ FÍNEZ (1995) p. 1499.

⁸⁶ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 29 y s; FÍNEZ (1995) pp. 1497 y s. Para éste, la excepcionalidad significa únicamente que el art. 1849 del Código Civil Español (equivalente a la norma chilena) no se aplica a terceros poseedores de prenda e hipoteca; en cambio, la interpretación es extensiva en cuanto a la causa por la que el fiador pierde la oportunidad de ejercer sus derechos: nulidad, acción pauliana u otras.

Pothier a que nos hemos referido⁸⁷. Además, la redacción primitiva del precepto recogía precisamente la idea del resurgimiento de la obligación (*manet pristina obligatio*⁸⁸) resurgimiento que, como ya adelantamos, establece el inciso segundo del art. 1792-22.

Sin embargo, esta teoría no está exenta de críticas:

- i. Padece de un defecto conceptual. La dación en pago es radicalmente opuesta a la definición del art. 1568: el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, y en la dación se trata precisamente de entregar *aliud pro alio*, algo que no se debe a tenor de la obligación. A mayor abundamiento, claramente no se cumple en la dación con el principio de identidad consagrado en el inciso primero del art. 1569: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”.
- ii. Se funda en una interpretación del art. 2382 discutible. Pothier, que es la fuente citada por Bello, no señala que la liberación de los fiadores sea una mera moderación del rigor de los principios, ni que sea excepcional. Ya hemos aludido a la opinión de algunos legisladores durante la discusión del Código Civil francés, que atribuyeron a la dación la naturaleza jurídica de una novación⁸⁹.

No está tan claro que el art. 2382 sea realmente excepcional: la ley nada dice respecto a la prenda e hipoteca, y, habiendo igual razón para proteger a terceros poseedores de bienes dados en prenda o hipotecados que la que hay para proteger a los fiadores, no vemos por qué aplicar distinta disposición⁹⁰.

Pero Baudry-Lacantinerie y Barde van más allá⁹¹. Si la liberación definitiva de los fiadores es solo un temperamento al rigor de los principios que la ley introduce para proteger al fiador perjudicado por la dación en pago, entonces no se consagraría en términos tan absolutos, como lo hacen los arts. 2038 del Código Civil francés y 2382 de nuestro Código. Podría ocurrir que el deudor que ha dado una cosa en pago no se hubiese hecho luego insolvente, o incluso el arreglo entre acreedor y deudor podría beneficiar a los fiadores, si la cosa dada en pago era de menor valor económico que el monto de la obligación. En estos casos carecería de sentido una liberación de los fiadores,

⁸⁷ BELLO (1881) t. XII, p. 603. Se trata del art. 2547 en ese proyecto.

⁸⁸ Digesto 43.3.46; véase nota 78.

⁸⁹ Véase nota 71.

⁹⁰ BELINCHÓN (2012) p. 237.

⁹¹ BAUDRY-LACANTINÉRIE Y BARDE (1902) t. XII, p. 710.

que supuestamente es excepcional y contraria a los principios que gobiernan la dación en pago. Y sin embargo, la ley no distingue⁹².

iii. Finalmente, la dación no puede ser verdadera modalidad de pago desde que para celebrarla se exige una capacidad distinta de la que goza el diputado para el pago o para el cobro –cosa que no ocurriría con verdaderas modalidades de pago, como podría serlo el pago por consignación. Nos remitimos a lo dicho acerca del requisito de la capacidad para celebrar daciones en pago⁹³.

4. Teoría del modo de extinguir autónomo

Ante la imposibilidad de equiparar la dación en pago con la compraventa, la novación y el pago, varios autores nacionales y extranjeros se inclinan por afirmar que la dación es un modo de extinguir las obligaciones, autónomo y distinto de los demás. Así Barrios y Valls y Abeliuk entre nosotros, y Diez-Picazo, Serrano y Belinchón Romo en la doctrina española⁹⁴. Lo que caracteriza a esta teoría no es afirmar que la dación en pago extingue la obligación (eso toda la doctrina lo admite), sino afirmar la autonomía conceptual de esta figura, que impide su subsunción en otras categorías jurídicas.

A este modo de extinguir especial, no regulado en la ley, se aplican por analogía algunas disposiciones de la compraventa (como las relativas al saneamiento de la evicción y las reglas de capacidad), pero muy especialmente las del pago, con el cual la dación guardaría un estrecho parentesco⁹⁵.

La equiparación es, en efecto, significativa. Si la cosa resulta evicta, la dación no es eficaz, y por ende renace la obligación primitiva, que en realidad nunca se extinguió. La interpretación del art. 2382 es la expuesta por la doctrina de la modalidad de pago.

Esta tesis tiene el atractivo de una aparente coherencia, pues presentando todas las ventajas de la teoría del pago, esquivando con sutileza sus defectos, aplicando reglas de la compraventa o bien invocando la excepcionalidad del art. 2382. Sin embargo, se podría preguntar cuál es la razón para que el

⁹² CLARO SOLAR (1979) t. XII, p. 370, reproduce este argumento de Baudry-Lacantinerie y Barde, pero se limita a señalar que “dista mucho de ser convincente”.

⁹³ Puede consultarse este argumento en FÍNEZ (1995) p 1518.

⁹⁴ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 36 y s.; ABELIUK (2014) t. II, p. 838; DIEZ-PICAZO y GULLON (1998) vol. II, pp. 197 y s.; SERRANO (1978) p. 429; BELINCHÓN (2012) p. 93.

⁹⁵ BARRIOS y VALLS (1961) pp. 22 y 35.

legislador no haya incluido este modo de extinguir en la enumeración del art. 1567; suponer un olvido no es convincente.

Puede agregarse una crítica más de fondo. Que a la dación deben aplicarse las reglas sobre capacidad relativas a la compraventa, es razonable. Que la dación en pago solo sea eficaz cuando transfiera el dominio al acreedor, como ocurre con el pago, también lo es. Sin embargo, esta teoría no logra unificar estas conclusiones, encontrando su fundamento. Parece guiarse por la intuición.

En este punto podemos hacer una reflexión sobre las teorías que hemos revisado. Creemos que las diferencias que separan unas de otras pueden explicarse por una falta de visión de conjunto. Las teorías de la compraventa y la novación han atendido exclusivamente a uno de los elementos de la dación: el elemento convencional, el acuerdo de voluntades que debe existir en toda dación. Las teorías de la modalidad de pago y del modo autónomo atienden exclusivamente al segundo elemento: la ejecución de la prestación diversa, que, si bien muchas veces es simultánea al acuerdo de voluntades, es conceptualmente distinta. Se hace preciso buscar una alternativa

5. Teoría de la modificación objetiva

Esta teoría no ha contado con demasiados seguidores, ni cuenta con el respaldo expreso de los textos romanos. Puig esboza sus contornos, pero puesto que en su concepción es inútil buscar la naturaleza jurídica de esta institución, no hace más que señalarla como una de las posibles modalidades que puede adoptar⁹⁶. Quizás esta falta de apoyo doctrinario obedece a que en España, donde se ha planteado esta tesis, la modificación objetiva de la obligación se llama también novación, en este caso modificativa y no extintiva. Desechándose la tesis de la novación, se piensa haber superado la de la modificación objetiva.

De acuerdo a esta teoría, la dación en pago es una modificación de un aspecto de la obligación, que no constituye novación. Esta figura no es desconocida por nuestro Código Civil, que en sus arts. 1646a y 1650 tratan algunas de sus hipótesis: la adición de especie, género o cantidad; la incorporación de una cláusula penal; la mutación del lugar para el pago; y el aumento o disminución de plazo⁹⁷.

⁹⁶ PUIG (1988) t. I, vol. II, p. 311.

⁹⁷ Para un comentario de estas normas, cfr. CLARO SOLAR, (1979) t. XII, pp. 399-402. Claro Solar añade también algunas hipótesis no recogidas en el articulado del Código Civil, que

¿Cuál es el efecto de una modificación de la obligación? Da derecho a quienes la han pactado a exigir que la obligación se cumpla de acuerdo a los nuevos términos. Este acuerdo no puede afectar a terceros, obligados subsidiaria o solidariamente, o bien poseedores de cosas empeñadas o hipotecadas: nadie puede verse injustificadamente perjudicado por el hecho de un tercero. Por eso, las citadas normas disponen que la simple mutación de lugar para el pago no puede significar para terceros “nuevo gravamen” (art. 1648); la mera ampliación del plazo “pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor” (art. 1649); etc.

En la dación en pago existiría un acuerdo modificadorio de la obligación, insuficiente para ser calificado de novación. Dicho acuerdo consistiría en añadir a la obligación primitiva la facultad del deudor de liberarse pagando una cosa distinta de la debida; en otras palabras, se transforma la obligación pura y simple en una obligación facultativa, en los términos del art. 1505 de nuestro Código Civil.

La figura de la modificación objetiva es aplicable al acuerdo de voluntades, elemento convencional de la dación en pago. La ejecución de la prestación es el pago de la cosa con la que el deudor puede liberarse; pero es un pago, común y corriente⁹⁸.

6. Aproximación a una respuesta

La teoría la modificación objetiva es a nuestro juicio la única que resuelve satisfactoriamente los problemas que se plantean alrededor de la dación en pago.

En relación con la evicción, logra explicar por qué la obligación primitiva renace o despierta: no ha habido novación, y la dación de cosa ajena es ineficaz como cualquier pago, de acuerdo al art. 1575: “el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la

no serían constitutivas de novación sino de mera modificación objetiva de la obligación: por ejemplo, la alteración en la forma del pago.

⁹⁸ DIEZ-PICAZO (1996) p. 557, describe acertadamente esta distinción: el elemento convencional “no sustituye la obligación antigua por una nueva, ni supone un cambio de objeto de la relación obligatoria, sino que origina un nuevo modo de extinción de la misma. La realización de la nueva prestación convenida supone la consumación del convenio de dar en pago y la consiguiente extinción de la relación obligatoria principal”. Sin embargo, no llega a calificar ese elemento convencional sino como un contrato atípico (*ibídem*).

cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño". Resultan así coherentes los textos romanos⁹⁹, la redacción original del art. 2382 en el Proyecto de Código Civil de 1842, y la inclusión del art. 1792-22, antecedentes que apuntan todos a un renacimiento de la obligación en caso de evicción. En estricto rigor, la entrega de la cosa evicta fue desde el principio inidónea para extinguir la obligación: más que renacer, la obligación nunca murió.

Se resuelve asimismo el problema que plantea el art. 2382. Si los fiadores se ven liberados de su responsabilidad no es porque haya mediado novación, sino porque no pueden ser afectados por un acuerdo modificatorio de la obligación, como ocurre en los casos previstos en los arts. 1646 y siguientes. La regla de que nadie puede verse gravado por el hecho ajeno es la que justifica este efecto, que es el que produce toda modificación objetiva de la obligación¹⁰⁰.

Se hace preciso resolver la objeción que plantean Baudry-Lacantinerie y Barde, y que reseñamos arriba: si el art. 2382 es la mera aplicación de un principio que busca tutelar derechos de terceros, ¿por qué se consagra en términos absolutos, sin atender a si la dación es efectivamente perjudicial para los fiadores? Después de todo, los arts. 1646, 1647, 1648 y 1650 no liberan a los terceros de toda responsabilidad, sino que se limitan a evitar que sufran mayor gravamen que el que asumieron.

La respuesta es de orden práctico: como no es posible determinar *a priori* si una dación resultará perjudicial o no para el fiador, en lugar de dejarlo en la incerteza, la ley opta por eximirlo de responsabilidad desde el primer momento. Es lo que ocurre en el caso del art. 1649: cuando se amplía el plazo, los terceros se ven liberados inmediatamente¹⁰¹. En las hipótesis de los arts. 1646, 1647, 1648 y 1650, es posible arbitrar un modo de resguardar el interés de quienes no han participado de la modificación objetiva sin eximirlos de responsabilidad, y la ley prefiere esta solución¹⁰².

⁹⁹ Digesto 43.3.46, véase nota 78.

¹⁰⁰ Pothier cita este adagio (*nemo ex alterius facto praegravari debet*, nadie puede verse gravado por el hecho de otro) para justificar la regla de liberación de los fiadores, aunque no se refiera a toda modificación objetiva de la obligación: POTHIER (1853) p. 268.

¹⁰¹ Para MEZA BARROS (2007) p. 200, el aumento de plazo que extingue la fianza sin ser propiamente una novación, prueba que la liberación del fiador en el art. 2382 no permite concluir que existe una novación en la dación en pago.

¹⁰² Pothier nos entrega una explicación diversa. Compara el acuerdo de dación en pago con el de concesión de plazo, que en su concepto no produce la extinción de las garantías de terceros. ¿Por qué no se aplica la misma regla en la ampliación de plazo? Argumenta que

La teoría de la modificación objetiva de la obligación resulta ser la más coherente con los textos romanos, los desarrollos doctrinarios y las normas vigentes.

Cuando decimos que la naturaleza jurídica de la dación en pago es el de una modificación objetiva de la obligación, debe entenderse únicamente del elemento convencional, esto es, del acuerdo de voluntades. Como ya dijimos, la ejecución de la prestación es el pago efectivo de una obligación facultativa.

El carácter complejo de la dación (modificación objetiva y pago) es lo que permite explicar que la operación de dación en pago sea a la vez título translaticio y acto de enajenación: desde la perspectiva de la adquisición del dominio por el acreedor, título y modo se confunden, no en un acto, sino en una operación compleja¹⁰³.

En este punto, es posible que se piense haber llegado a una conclusión contradictoria: nos hemos preguntado por la naturaleza jurídica de una institución, y acabamos negando su existencia autónoma, reduciéndola a una modificación de la obligación acompañada de un pago, que no necesariamente se produce de inmediato. Es decir, haciendo la disección conceptual, nos encontramos con que la dación en pago no es más que una expresión con la que nos referimos a dos actos diversos entre sí: una convención y su ejecución.

Suscribimos esta conclusión: la dación en pago no es una figura autónoma de los elementos que la componen. Al mismo tiempo, asumimos que zanjar la controversia en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, de larga data en nuestra tradición doctrinal, exige más desarrollo que el que

en ese caso, si después de la concesión de plazo el deudor amenaza caer en insolvencia, los fiadores podrán ejercitar alguno de los remedios que prevé la ley, porque no se ha producido una apariencia de cumplimiento de la deuda que les haga descuidar su acción de reembolso. En cambio, después de la dación en pago, la deuda ha quedado aparentemente extinguida y con ello la fianza; si el deudor comienza a entrar en insolvencia, los fiadores no encontrarán motivo para alarmarse ni ejercerán los derechos que les otorga la ley, quedando así en la indefensión si el objeto resulta posteriormente evicto: POTHIER (1853) p. 268.

¹⁰³ El carácter complejo de la dación se ha puesto de manifiesto en autores como BELINCHÓN (2012) p. 178, y en la doctrina nacional ABELIUK (2014) t. II, p. 838, que no duda en aplicar a la dación normas de la compraventa, de la novación y del pago. Solo con una concepción de la dación como acto complejo se explica que, en nuestro sistema en que título y modo se distinguen netamente, la dación en pago sirva a la vez de uno y otro.

este trabajo ofrece. Como su título indica, este artículo se limita a hacer una propuesta de calificación jurídica para la dación en pago.

CONCLUSIONES

Intentando delimitar con precisión cuál es la hipótesis, el hecho jurídico que configura la dación en pago, y revisando las nociones que la doctrina nos ofrece, hemos podido determinar la existencia de dos elementos en la dación: convención y ejecución. Esta constatación de que la dación en pago es una operación compleja es, en nuestra perspectiva, la premisa central de nuestro trabajo.

Del examen de los requisitos de la dación en el tratamiento que ha hecho la generalidad de los autores, hemos podido determinar que su objeto es, indistintamente, dar, hacer o no hacer, una cosa por otra: *aliud pro alio*. Nos hemos extendido en el examen del consentimiento que prestan acreedor y deudor: el elemento convencional de la dación. Concluimos que no necesariamente es simultáneo a la tradición de la cosa que se da en pago (o, en su caso, a la ejecución del hecho o abstención); que tiene la naturaleza de título translaticio; y que modifica la obligación pura y simple, transformándola en una obligación facultativa. La ejecución de la prestación diversa, vendría a ser el pago de esa obligación facultativa.

Finalmente, hemos revisado las principales teorías con que se ha buscado explicar la dación en pago, descubriendo los problemas que cada una resuelve y las críticas, a veces injustificadas, de que han sido objeto. Adoptar la teoría de la modificación objetiva de la obligación, aunque exige todavía un mejor desarrollo, permite conformar satisfactoriamente los antecedentes históricos, doctrinales y legales, que aparentemente se encuentran en pugna unos con otros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (2014): *Las Obligaciones* (Sexta edición, Santiago de Chile, Legal Publishing / Thomson Reuters) tomo I, 1495 pp.

ALBALADEJO, Manuel (1970): *Derecho Civil. II. Obligaciones* (Cuarta edición, Barcelona, Bosch) 364 pp.

ALESSANDRI, Arturo (1934): *Derecho Civil. Segundo año: teoría de las obligaciones* (Santiago, El Esfuerzo) 502 pp.

BARRIENTOS, Javier (2003): *El pago de lo no debido en el Derecho chileno* (Santiago de Chile, LexisNexis) 176 pp.

BARRIOS, Hernán, y VALLS, Gabriel (1961): *Teoría general de la dación en pago* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 120 pp.

BAUDRY-LACANTINÈRIE, Gabriel, y BARDE, Louis (1902): *Traité théorique et pratique de Droit Civil* (Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts), tomo XII, 818 pp.

BELINCHÓN ROMO, María Raquel (2012a): *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado* (Madrid, Dykinson) 255 pp.

BELINCHÓN ROMO, María Raquel (2012b): *Breve análisis del Real Decreto-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*. Disponible en: <<http://www.cesfelipesecondo.com/revista/Articulos2012/RaquelBelinch%C3%B3n1.pdf> > (consulta: 25 de noviembre de 2014).

BELLO, Andrés (1881): *Obras completas* (Santiago, Imprenta de Pedro G. Ramírez), vol. XI, 656 pp.; y XIII, 696 pp.

CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomos X, 631 pp., y XII, 822 pp.

CORRAL, Hernán (1998): “El crédito de participación en el sistema chileno”, en VV. AA., *Regímenes matrimoniales en Chile. Problemas actuales y perspectivas de cambio* (Santiago, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes) 253 pp.

CRUZ, José Luciano (2000): *Naturaleza jurídica de la dación en pago según el Código Civil Chileno* (Santiago, tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile) 50 pp.

DALMAU, Carlos, y KURY, Ramón (1996): “La dación en pago: análisis de una figura imprecisa y carente de regulación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, (Vol. 65, n° 2) pp. 365-397.

DIEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias* (Quinta edición, Madrid, Civitas) 909 pp.

- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio (1998): *Sistema de Derecho Civil. II. El contrato en general. La relación obligatoria* (Séptima edición, Madrid, Tecnos) 657 pp.
- FÍNEZ, José Manuel (1995): "La dación en pago", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n° 3-4, pp. 1467-1527.
- GIORGI, Giorgio (1912): *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. VII. Extinción de las obligaciones* (Madrid, Hijos de Reus Editores, primera edición traducida al español de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las leyes española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia) 555 pp.
- LATOUR, Juan (1953): "Notas sobre la dación en pago", *Revista de Derecho Privado* (Vol. 37, n° 430-441), pp. 625-638.
- MATURANA, Alberto (1935): *De la dación en pago* (Santiago, tesis para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile), 98 pp.
- MEZA BARROS, Ramón (2007): *De las obligaciones* (Décima edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 267 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1841): *Tratado del contrato de compra y venta* (Barcelona, Imprenta de J. Roger, primera edición traducida al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores) 334 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1853): *Tratado de las Obligaciones* (Barcelona, Imprenta de J. Roger) 566 pp.
- PUIG, José (1988): *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I, volumen II. Derecho general de las obligaciones* (Cuarta edición, Barcelona, Bosch) 513 pp.
- SERRANO, Claudia (2011): "La legitimación para el pago de un tercero", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37) pp. 137-211.
- SERRANO, Eduardo (1978): "Consideraciones sobre la dación en pago", *Revista de Derecho Privado*, t. 62, pp. 416-433.
- SOMARRIVA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago de Chile, Nascimento) 611 pp.

VIAL, Víctor (2007): *Manual de las obligaciones en el Código Civil Chileno* (Segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Biblioteca Americana) 434 pp.

NORMAS CITADAS

Normas chilenas

CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO DE COMERCIO

LEY 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero.

LEY 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas.

Derecho comparado

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (trad. Emilio Eiranova, Madrid, Marcial Pons, primera edición).

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. (trad. disponible en www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance; consulta: 17 de octubre de 2014)

CÓDIGO CIVIL PERUANO.

JURISPRUDENCIA CITADA

Alvarado (2011): Corte Suprema, 18 de marzo de 2011 (negativa del Conservador a inscribir un título), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ26625).

Carmona con Molina (1996): Corte Suprema, 9 de abril de 1996 (casación en la forma y el fondo), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ338).

Olguín con Inversiones Automotrices S.A. (2009): Corte Suprema, 5 de octubre de 2009 (indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ21688) >

Sonex Pacific Limited con Importadora Sino International Ltda. (2008): Corte Suprema, 28 de octubre de 2008 (cumplimiento contractual), disponible en < www.microjuris.cl > (cita: MJJ18646).

