

# TEMA 11

## Circunstancias Eximentes y Atenuantes de la Responsabilidad Civil<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Generalidades 2. Circunstancias eximentes 3. Circunstancias atenuantes  
(se queda sujeto a reparar parte del daño)

### 1. Generalidades

El incumplimiento no imputable al deudor es aquel que tiene lugar por causas ajenas a su voluntad y por tal, lo exonera de responsabilidad<sup>2</sup>. La responsabilidad del deudor frente al acreedor supone que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso le resultan imputables. No es posible condenar al deudor a indemnizar si su conducta no es el origen del incumplimiento<sup>3</sup>. Existen circunstancias que lo liberan de la responsabilidad frente al acreedor; en tanto que existen otras que si bien no producen una liberación o exoneración total, pueden mitigar su responsabilidad frente al acreedor, a saber, atenúan su responsabilidad porque simplemente han contribuido al daño aunque no sean su única causa.

El tema según el caso aplica según las respectivas diferencias tanto a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad extracontractual, según se deriva de las normas que refiere la doctrina.

### 2. Circunstancias eximentes<sup>4</sup>

2.1. *Causas que eliminan la culpa*<sup>5</sup>: ausencia de culpa, conducta objetiva lícita, legítima defensa<sup>6</sup>. Algunos añaden el estado de necesidad<sup>7</sup>.

2.1.1. *La ausencia de culpa* a tenor de lo que se desprende del artículo 1.185 CC el demandado puede probar que no incurrió en culpa, que colocó

<sup>1</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 188-198; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 125-133; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 195 y ss.

<sup>2</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 129.

<sup>3</sup> Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>4</sup> Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039.html> "Será eximente de su responsabilidad que el hecho dañoso devenga de una causa no imputable a él".

<sup>5</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>6</sup> Véase: Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, <http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html> "...siendo causa eximente de responsabilidad civil la ausencia de culpa por parte del presunto agente, la conducta objetiva lícita que son aquellas situaciones en que un daño es causado por una conducta del agente que está autorizado o permitida por el ordenamiento jurídico positivo y la legítima defensa puesto que según el artículo 1188 del Código Civil".

<sup>7</sup> Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 195-202.

toda la diligencia y prudencia necesaria por lo que la causa del daño le es desconocida. Se presenta diferente a la causa extraña porque supone la imposibilidad de haber actuado diferente ante una circunstancia irresistible e imprevisible<sup>8</sup>. Cuando la presunción de culpa es absoluta, *iuris tantum* o irrefragable, su demostración no produce efecto liberatorio alguno<sup>9</sup>. Hay ausencia de culpa cuando el demandado se ha comportado diligentemente, con prudencia y previsión<sup>10</sup>. La causa extraña no imputable está fuera del área de la culpa<sup>11</sup>, pues de acontecer rompe el vínculo de causalidad. Por eso rige igualmente en materia de responsabilidad objetiva.

2.1.2. *La legítima defensa* está contemplada en el artículo 1188<sup>12</sup> del CC. Acontece cuando ante el incumplimiento de la obligación falta el elemento de la ilicitud. Si una persona incumple su obligación defendiendo a su persona o sus bienes, se excluye la culpabilidad. Se trata de una causa de justificación al incumplimiento<sup>13</sup>. Se alude, en efecto, a que se trata de una circunstancia por la cual el daño causado no puede calificarse como injusto<sup>14</sup>, entendiéndose suficiente un “peligro actual”<sup>15</sup>. La figura supone una agresión injusta o ilícita, una réplica inmediata en concordancia al ataque<sup>16</sup> y la falta de provocación suficiente por parte del agente. Es decir, los mismos elementos que en materia penal<sup>17</sup>. Difícil de concebir –aunque no imposible– en el ámbito contractual<sup>18</sup>. Por ejemplo, si alguien ataca a nuestra hija y lo empujamos para evitarle el daño a ésta.

2.1.3. *El estado de necesidad* pudiera funcionar como eximente de responsabilidad si suprime enteramente el carácter “culposo”<sup>19</sup> –aunque para

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>9</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>10</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>12</sup> “No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa de un tercero. El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el Juez lo estime equitativo”. Véase sobre dicha norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 2008, pp. 177-219.

<sup>13</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 197.

<sup>14</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 174.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>16</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 199 y 200.

<sup>17</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>19</sup> Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 196-202. En especial, p. 196, existen circunstancias eximentes o exonerantes de responsabilidad civil, bien contractual o extracontractual, por hecho ilícito referentes a la culpa y referentes a la relación de causalidad. Las primeras son: a. la ausencia de culpa, b. legítima defensa y c. estado de necesidad. Véase también, p. 200, agrega Ochoa “A diferencia de los hechos <<justificativos>> anteriores, el estado de necesidad no es universalmente reconocido como tal”. Finalmente indica acertadamente en la p. 201, “a pesar de ser el estado de necesidad un eximente o

algunos funciona solo como atenuante<sup>20</sup>— por lo que se ubica también como “causa de justificación” ante la “necesidad” de salvarse a sí mismo u otro de un peligro actual<sup>21</sup>. Precisa que concurra el requisito del peligro (actual e inminente); la reacción necesaria ante el peligro (el daño debe haber sido necesario para evitar el propio) y la utilidad del hecho dañoso (se precisa utilidad social, la elección debe ser justificada)<sup>22</sup>. Por ejemplo, estamos en una acera y un carro pasa a punto de atropellarnos: respingamos fuertemente hacia atrás y le ocasionamos un daño a un tercero<sup>23</sup>.

2.1.4. *Conducta objetiva lícita*: se trata de situaciones en que el daño del agente está autorizado o permitido por el ordenamiento. Se distingue cuando el daño es causado por el agente en ejercicio de un derecho y cuando una persona causa un daño mediante el desarrollo de una conducta prevista y autorizada o tolerada por el Legislador. Como instalar un comercio que puede perjudicar a otros porque resta clientela<sup>24</sup>. De allí que algunos incluyan entre las causas de justificación aunque no estén referidas expresamente en algunas legislaciones “el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber”<sup>25</sup>.

2.2. *Causas que eliminan la relación de causalidad*<sup>26</sup>: La causa extraña no imputable rompe el vínculo de causalidad (véase *infra* tema 7). La existencia de una causa extraña no imputable como el caso fortuito determina la inexistencia de la responsabilidad por falta de la correspondiente relación de causalidad<sup>27</sup>. Vale recordar que resulta aplicable en principio en la responsabilidad objetiva o por riesgo ajena a la idea de culpa.

---

exonerante de responsabilidad porque suprime el carácter de “culposo” del acto necesario, por ello no causa en sí ningún derecho a indemnización, ya que el daño tiene su justificación”.

<sup>20</sup> Véase indicando contrariamente que el estado de necesidad no exonera de la reparación sino que constituye causa de atenuación: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 181; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 228; Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, <http://sucr.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html> “teniéndose como circunstancias atenuantes, el estado de necesidad”.

<sup>21</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 180.

<sup>22</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 200-202.

<sup>23</sup> Véase: SILVA URIBE, Jorge Luis: *El estado de necesidad como causal de rescisión del contrato*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1982 (tesis para optar al título de abogado).

<sup>24</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 178.

<sup>25</sup> VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 2, p. 187, la autora incluye “el consentimiento del damnificado y la aceptación del riesgo”, el primero relativo a los derechos disponibles y el segundo comprendería la mera aceptación del riesgo ínsito en determinada actividad como la deportiva.

<sup>26</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 202-213.

<sup>27</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 278.

### 3. Circunstancias atenuantes (se queda sujeto a reparar parte del daño)<sup>28</sup>

Las causas atenuantes de la responsabilidad civil son aquellas que modulan la obligación de reparar, reduciéndola a una parte del daño causado<sup>29</sup>. Por lo que su efecto no es exonerar sino reducir el monto por el que se resulta obligado.

3.1. *Estado de necesidad*<sup>30</sup>: Ya lo referimos como eximente de la responsabilidad pero también podría operar como atenuante (cuando si bien no excluye totalmente la culpa la conducta del agente ha “contribuido” a la producción del daño). De conformidad con el citado artículo CC, art. 1188: *“El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el juez lo estime equitativo”*.

Entre sus elementos se ubica encontrarse ante peligro grave o inminente; que no haya podido proceder de otro modo y que no haya propiciado la situación<sup>31</sup>. Se dice que como circunstancia atenuante no se está expuesto a una acción de responsabilidad sino de equidad según lo refiere la citada norma. Refiere Moisset, respecto del ordenamiento argentino, inspirado en el Derecho penal que el “llamado estado de necesidad sirve para caracterizar un estado de peligro en que se encuentra un bien jurídico cualquiera, que se ha producido por un hecho inimputable a la persona que obra, y que sólo puede evitarse ocasionando un daño”<sup>32</sup>. Existe situación de necesidad cuando media un peligro actual para un bien jurídico al que es extraño el autor y que no debe afrontarse. Debe tratarse de un mal mayor e inminente, esto es con una desproporción razonable<sup>33</sup>.

3.2. *Compensación de culpas*: acontece cuando concurre culpa del agente y de la víctima<sup>34</sup>.

Al efecto, indica el 1189<sup>35</sup> del CC: *“Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido a aquél”*.

<sup>28</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 180-184; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 227-230.

<sup>29</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 180; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 227.

<sup>30</sup> Véase: ZAVALA DE GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 228; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 181 y 182.

<sup>31</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>32</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 281- 283, coloca entre sus elementos el peligro, el bien amenazado, la inimputabilidad del que obra, desproporción de males y lo indispensable de la acción.

<sup>33</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 14-22 y 44.

<sup>34</sup> Véase: Juzgado Superior Accidental en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño, Niña y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 8-6-10, Exp. 08-4631, <http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/1191-8-08-4631-477.html>.

<sup>35</sup> Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191...*, pp. 221-279.

El hecho de la víctima ha de ser culposo. Aplica al ámbito contractual y extracontractual<sup>36</sup>. Cuando coexiste culpa de la víctima y del responsable, la responsabilidad civil habrá de distribuirse entre ambos. Se alude a “conurrencia de culpas” cuando un daño se deriva no sólo por culpa del deudor sino también por la del que sufre el perjuicio. No cabe duda que la solución más justa es su admisión<sup>37</sup>. La concurrencia de culpas con el perjudicado supone el concurso de responsabilidades en el nacimiento del daño; presupone que el perjudicado ha cooperado con él mediante su propia conducta culposa<sup>38</sup>. El hecho de la víctima también puede operar como causa excluyente de responsabilidad civil<sup>39</sup>, así como el hecho del acreedor en materia contractual. Es más, una vez acaecido el daño, cabe recordar que el acreedor tiene el deber de mitigar el daño propiciado por el deudor, según veremos<sup>40</sup>.

Y así en materia extracontractual se admite la figura según se aprecia en decisión judicial: “debe este órgano jurisdiccional establecer que en el presente caso procede la compensación de faltas y en consecuencia, acordar un resarcimiento a los actores, de acuerdo con la responsabilidad que tuvo la parte demandada y la participación de los padres de la víctima en la ocurrencia del accidente, lo cual supone un juicio de valor por parte del sentenciador”<sup>41</sup>.

3.3. *Pluralidad de culpas*<sup>42</sup>: el daño es imputable a varios autores porque han concurrido sus culpas. Cualquiera de los coautores responde solidariamente ante la víctima a tenor del artículo 1195 CC que prevé: “*Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. Quien ha pagado íntegramente la totalidad del daño, tiene acción contra cada uno de los co-obligados por una parte que fijará el Juez según la gravedad de la falta cometida por cada uno de ellos. Si es imposible establecer el grado de responsabilidad de los coobligados, la repartición se hará por partes iguales*”. El que ha pagado tiene acción contra los demás. Del citado artículo 1.195 CC se desprende la responsabilidad solidaria en caso de que varias personas participen en la realización del hecho ilícito.<sup>43</sup> Vale recordar que en materia contractual, la solidaridad no se presume<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 183; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 228 y 229.

<sup>37</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 138.

<sup>38</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 219.

<sup>39</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233; véase *supra* tema 7.

<sup>40</sup> Véase *infra* tema 12.2.6.

<sup>41</sup> TSJ/SPA, sent. 01818 del 16-12-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01818-161209-2009-2004-1282.html>.

<sup>42</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 184; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 229 y 230.

<sup>43</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 229; TSJ/SCC, Sent. N° 132 de fecha 26-4-00; TSJ/SCC, Sent. N° 614 del 15-7-04, [www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-150704-03200.html](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00614-150704-03200.html).

<sup>44</sup> Véase *supra* tema 5.3.

## TEMA 12

### La Reparación del Daño<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Reparación en especie y reparación por equivalente 2. La reparación por equivalente. El resarcimiento del daño

#### 1. Reparación en especie y reparación por equivalente

Vimos<sup>2</sup> que a falta de cumplimiento voluntario ya sea subjetivo por parte del deudor u objetivo por parte de un tercero, la ley, como es natural concede al acreedor la posibilidad de acudir a la jurisdicción para obtener la tutela efectiva de su crédito. Ello acontece mediante la reparación en especie por la cual el acreedor obtiene por vía judicial la misma prestación que hubiere realizado el deudor: y de no ser esto posible subsiste para el acreedor la ejecución forzosa por equivalente. Se afirma que la ejecución forzosa *in natura* o en especie no es una forma de reparar el daño sino de evitar el mismo. No llega a cancelar el incumplimiento en el mundo de los hechos pero si llega a crear una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de la producción del daño. Por ejemplo, si el daño consiste en romper una vidriera, la reparación en especie consistirá en reparar el vidrio roto. Ya referimos los principales casos en que procede la ejecución en especie, sin perjuicio de que algunos reseñan otras formas de reparación en forma específica en algunos fenómenos jurídicos como la acción de anulación, de rescisión y de las acciones protectoras del crédito. Pero ello sólo podría considerarse desde un punto de vista muy amplio y técnicamente se sustrae del ámbito de la ejecución forzosa. Pero no existe en la ley venezolana, una disposición de carácter general en materia de reparación de daño en especie. Por lo que de no ser posible ésta, el acreedor deberá contentarse con demandar y obtener la reparación por equivalente. De allí que opinaba Lagrange, que lo correcto o más lógico, es sostener que procederá la reparación en especie cada vez que conforme a una norma específica del ordenamiento jurídico sea posible acudir a esa forma de reparación. Pero como éstas son excepcionales, el remedio de orden general será la responsabilidad civil, representado por la *reparación por equivalente*<sup>3</sup>.

#### 2. La reparación por equivalente. El resarcimiento del daño

##### 2.1. Noción y función

El resarcimiento del daño constituye el objeto de una obligación nueva para el deudor. El resarcimiento cumple una función *indemnizatoria* (resarcir al deudor) pues escapa de la función de la responsabilidad civil que ésta no funciona a título de pena. Se pretende restaurar el patrimonio del acreedor.

<sup>1</sup> Seguimos en este tema la ideas de LAGRANGE, *Apuntes...*; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 309-354.

<sup>2</sup> Véase *supra* tema 6.

<sup>3</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

2.2. *El carácter integral del resarcimiento.* El resarcimiento debe ser integral<sup>4</sup> y ha de ser ajustado exactamente a la magnitud del daño. La medida del resarcimiento debe ser proporcionada al perjuicio ocasionado al acreedor. La suma del resarcimiento debe ser suficiente como para compensar la medida del interés lesionado del acreedor. Por lo que la reparación no tiene por objeto enriquecer al acreedor sino reparar el daño. Cabe aclarar que la medida del resarcimiento no coincide necesariamente con el valor de la prestación incumplida: pues el punto de comparación no es la prestación originaria sino el daño derivado del incumplimiento. Y así por ejemplo, siendo la prestación originaria de un millón, el daño podría alcanzar un millón y medio.

Indica Larenz que el principio fundamental es que ha de indemnizarse en general la totalidad del daño<sup>5</sup>. Ello en consonancia con el principio de la integridad y exactitud del pago. La reparación integral del daño material es una verdad indiscutible<sup>6</sup> y conforma pues un principio<sup>7</sup>. El principio de la reparación integral del daño se deriva directamente de la naturaleza eminentemente reparatoria de la responsabilidad civil<sup>8</sup>.

Se alude al principio de la reparación integral del daño y su relatividad pero ello no significa que se repare todo lo que alegue la víctima sino aquellos daños que puedan probados y traducidos a un “*quantum*”<sup>9</sup>. Aunque su aplicación es imposible cuando se trata de daño de naturaleza extrapatrimonial<sup>10</sup>.

El adjetivo “integral” tiene dos acepciones: tanto “total” como “global”, total porque abarcaría todo el daño, pero lo único alcanzable es la reparación “global”, esto es, “toma en conjunto” a los daños que el sistema admite como reparables. Por lo que sería preferible reemplazar la expresión “reparación plena” para denotar la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 869, rige en la materia el principio de la reparación integral; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 483; SANDOVAL GARRIDO: Diego Alejandro: *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. En: Revista de Derecho Privado N° 25, Bogotá, Julio-Dic 2013, [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123...](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123...); NAVEIRA, Maita: *La valoración del daño resarcible*. En: Anuario da Facultade de Dereito, p. 599, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf> la reparación de los daños y perjuicios se encuentra precedida por un principio angular, el de la *restitutio in integrum* o reparación integral. Se trata éste de un principio clásico en materia de responsabilidad civil, que encuentra su origen ya en el Derecho romano.

<sup>5</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, *ob. cit.*, p. 238.

<sup>7</sup> Véase: SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 181-207; ALTERINI, Atilini Anibal: *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 7 y 8.

<sup>8</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 190.

<sup>9</sup> MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 276.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>11</sup> ALTERINI, *La limitación...*, pp. 17 y 18.

Señala Lagrange que de lo indicado se derivan varias consecuencias: \*el resarcimiento debe comprender tanto el daño actual como el daño futuro siempre que sean ciertos para el día de la sentencia (se excluye el daño indirecto y el daño imprevisible salvo dolo o culpa grave del deudor); el daño debe comprender tanto la pérdida efectivamente sufrida (daño emergente) y el lucro cesante; el resarcimiento también se extiende tanto al daño material como al daño moral. A pesar de la resistencia de algunos en aceptar este último en materia contractual.

La doctrina finalmente alude a los límites de la reparación integral entre los que cabe ubicar los propios criterios o parámetros a fin de cuantificar el daño moral<sup>12</sup>. De allí que se aludan a límites, jurisprudenciales y económicos, entre otros<sup>13</sup>.

### 2.3. Irrelevancia de la culpa del deudor en cuanto a la extensión del resarcimiento<sup>14</sup>

En principio, la gravedad de la culpa del agente del daño no tiene ninguna influencia en la extensión de la reparación a acordar por el Juez<sup>15</sup>. El daño es uno y no puede extenderse en función del grado de la culpa. La medida del resarcimiento no debe ser mayor o menor en función de la culpa del agente. Por excepción la culpa grave o el dolo lleva a responder del daño imprevisible (CC, 1274); cuando el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a causa del daño se alude a concurso de culpas que afectaran la indemnización debida propiciando una reducción (CC, 1189, norma perfectamente aplicable al ámbito contractual). Vimos sin embargo, que uno de los criterios o parámetros para la estimación del daño moral ha sido “el grado de culpabilidad del autor”<sup>16</sup>.

### 2.4. Irrelevancia de la situación personal del deudor<sup>17</sup>

“En principio, la situación patrimonial del responsable civil no tiene ninguna influencia en el *quantum* de la reparación. Pobre o rico el responsable debe sólo en la medida de la entidad del daño”<sup>18</sup>. La indemnización no

<sup>12</sup> Véase *supra* tema 10.2.3.4.e.

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón: *Los límites al principio de reparación integral. Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, pp. 9-28, diciembre 2010, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200001&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200001&script=sci_arttext) “dentro de este mismo ámbito, la reparación del daño moral, con sus evidentes dificultades para su evaluación ofrece un ejemplo claro de los límites del principio de reparación integral. Entre nosotros, esta cuestión es tan evidente que sólo la mencionamos: no todas las víctimas por iguales daños reciben igual reparación y todo depende, según un autor clásico entre nosotros, del criterio de los jueces el que, desde luego, no ofrece ningún parámetro objetivo de evaluación del daño”.

<sup>14</sup> Véase: SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 193 y 194, “por regla general, la mayor o menor gravedad de la culpa del autor del hecho ilícito no debe tener incidencia en la determinación o cualificación del perjuicio”; MELICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, pp. 314-317.

<sup>15</sup> MELICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 314.

<sup>16</sup> Véase: *supra* tema 10.2.3.4.e.

<sup>17</sup> Véase: *ibid.*, pp. 318-322.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 318.



depende de la cuantía patrimonial del deudor. Independientemente de que el deudor tenga o no medios de fortuna, al igual que el acreedor, el resarcimiento debe poner atención a la cuantía efectiva del daño. Vale la misma consideración previa sobre la posición económica tanto de la víctima como del agente a los fines de la estimación del daño moral.

La reparación no puede ser fuente de enriquecimiento pues su fin es el resarcimiento del daño. Si se permitiera que la víctima quedara en mejor situación que la derivada del hecho ilícito, la atribución no tendría causa que la justifique<sup>19</sup>.

### 2.5. Prueba del daño

El daño debe ser probado<sup>20</sup> por todos los medios admisibles. Recordemos, sin embargo, la distinción relativa al daño moral según la cual respecto de la persona humana se presume el sufrimiento, a diferencia del ente incorporal<sup>21</sup>. Ello no es óbice para aportar medios probatorios que tienden a ser más efectivos los criterios de estimación del daño moral. El demandante tiene la carga de la prueba del daño. El Juez no puede acordar un resarcimiento que esté más allá de lo demandado<sup>22</sup>.

### 2.6. Liquidación del daño

El daño probado debe ser liquidado. Liquidar es fijar el valor en una determinada cantidad de dinero. Se alude también a “cuantificación”<sup>23</sup> de la indemnización. La liquidación cuantifica monetariamente el valor del daño resarcible, en cierta moneda y a cierta fecha<sup>24</sup>. La liquidación tiene el efecto de convertir la consistencia de la obligación incumplida en pagar una suma de dinero.

El resarcimiento puede reducirse cuando el acreedor:

- a. Ha concurrido a causar el daño.
- b. Cuando la actuación del propio deudor ha producido un beneficio al acreedor<sup>25</sup> (daño la plantación pero rellenó la tierra) se reduce el monto del resarcimiento. La medida del resarcimiento será la diferencia entre la cuantía del perjuicio y la cuantía del beneficio.

<sup>19</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 194.

<sup>20</sup> Véase: TANZI, Silvia y Verónica C. FRANCESCHI: *La prueba en el proceso de daños (Derecho argentino)*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 8, 2002, Vol. II, pp. 507-522.

<sup>21</sup> Véase nuestro trabajo: *El daño moral en la persona incorporal...*

<sup>22</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, entre los medios de prueba se citan la experticia (1427 CC), presunciones (1399 CC), juramento estimatorio (1419 CC), que es excepcional en el caso del Juez (1420).

<sup>23</sup> Véase: MARTÍNEZ RAVE, *ob. cit.*, p. 253.

<sup>24</sup> ALTERINI, *La limitación...*, p. 30.

<sup>25</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, p. 204, la compensación de ventajas tiene lugar porque la indemnización de daños no debe conducir a que el perjudicado alcance una situación más favorable que la que tendría en el supuesto de que no se hubiese dado el suceso en que se funda la responsabilidad.

c. La negligencia del acreedor agravó el daño, en cuyo caso también la medida del resarcimiento se reducirá. Por ejemplo, cuando el acreedor se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar la magnitud del daño. Él podía hacer algo para impedir que el daño continuara agravándose y no lo hizo; o en positivo, el acreedor hizo algo que ha agravado el daño. Alguna decisión judicial alude así, con base al principio de la buena fe al deber del acreedor de mitigar el daño causado<sup>26</sup>, lo cual ha sido desarrollado por la doctrina<sup>27</sup>. El acreedor no puede mantenerse en un estado de pasividad que le propicie más daños. Sobre el acreedor pesa una carga o deber de mitigar o minimizar los daños derivados del incumplimiento<sup>28</sup>. Pues la responsabilidad de la parte desaparece cuando hay culpa común<sup>29</sup>, a lo que habría que matizar señalando que más que desaparecer se difumina.

Y así por ejemplo refiere la doctrina que no deben tomarse como lucro cesante las frustraciones de utilidades o ganancias que derivan de la inercia o demora del damnificado que haya “agravado” la situación<sup>30</sup>.

### 2.7. Formas de liquidación<sup>31</sup>

a. *Convencional*: el monto del daño tiene lugar por aplicación de la autonomía de la voluntad y puede ser previamente determinado por las partes (por ejemplo cláusula penal, arras, fijación de intereses moratorios).

<sup>26</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 2-4-12, Exp. FP02-V-2009-001750, <http://cfr.tsj.gob.ve/decisiones/2012/abril/2177-2-FP02-V-2009-001750-PJO192012000066.html> el juez puede y debe acordar una reducción de la indemnización a cargo del causante de la lesión pues un elemental respeto al principio de buena fe exige que la víctima no se aproveche del perjuicio agravando la responsabilidad del demandado.

<sup>27</sup> Véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 287-405; ANNICCIARICO, José: *La carga del acreedor de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano*. En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, Caracas, ACIENPOL, Colección Centenario, 2015, T. IV, pp. 2675-2698; ANNICCIARICO, *Un nuevo...*, pp. 293-304; PIZARRO WILSON, *La carga de mitigar...*, pp. 251-283; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 325-337 (en lo sucesivo cuando se aluda al autor –ob. cit.– será referido a “Los Contratos...”).

<sup>28</sup> PIZARRO WILSON, *La carga...* p. 282; URDANETA FONTIVEROS, *El deber del acreedor perjudicado...*, ob. cit., el autor concluye “El deber de evitar o mitigar el daño en nuestro ordenamiento comprende tanto las medidas de conservación, reparación o sustitución destinadas a evitar la extensión del daño como aquellas encaminadas a aminorar el daño ya producido, conforme a lo antes expuesto. Las exigencias de la buena fe conforme a la cual debe ejecutarse el contrato y que fundamentan el deber de mitigación imponen realizar actividades no solo para impedir el desarrollo de ulteriores perjuicios, sino también para aminorar las consecuencias del daño sufrido mediante la adopción de medidas mitigadoras razonables, actuando con la diligencia ordinaria del *bonus pater familiae*”.

<sup>29</sup> DOMINICI, ob. cit., p. 749.

<sup>30</sup> MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, p. 348.

<sup>31</sup> CASAS RINCÓN, ob. cit., T. II, pp. 455 y 458-463, puede provenir del Juez, de las partes por cláusula penal y por la ley.

b. *Legal*<sup>32</sup> (ej. transporte aéreo o artículo 1277 del CC<sup>33</sup>). En ocasiones existe una limitación cuantitativa de la responsabilidad hasta un máximo por propia disposición de ley<sup>34</sup>. Se afirma sin embargo, que la misma es de alguna manera desfavorable para la víctima en la medida en que no se le reconoce el derecho a recibir una indemnización plena<sup>35</sup>, esto es, afecta la reparación integral. Debe ser elegido un límite cuantitativo razonable<sup>36</sup>.

c. *Judicial*: es la realizada por el juez. Es la forma normal de obtener o precisar la indemnización. Ésta viene precisamente de mantener “indemne”, es decir, sin perjuicio al acreedor<sup>37</sup>.

#### 2.8. *Momento de la liquidación*<sup>38</sup>

No es el momento del hecho u omisión sino el momento en que se hará efectivo el resarcimiento. Ello tomando en cuenta la finalidad del resarcimiento, que precisamente consiste en “indemnizar” al acreedor del desequilibrio que le propició el incumplimiento. La fijación de la cantidad del monto derivado por el incumplimiento se hará en el momento de la sentencia definitiva. La obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento es una obligación de valor y no una obligación de pagar una cantidad de dinero. El deudor debe un “valor” representado por una cantidad de dinero en la fecha en que el deudor ha de recibir la reparación.

Refiere Mélich que si bien el momento de la sentencia es aquel en que el Juez debe mensurar la reparación, habrá el Juzgador de tener en cuenta el límite que resulta de los pedimentos hechos por el actor, como sería el caso reservarse deducir por separado el daño no consumado todavía, o contrariamente el actor decida limitar el daño al momento de la demanda<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 197 y 198, existen determinados eventos en los cuales es el propio legislador el que establece el importe específico que se considera como valor máximo o cuantía tope de la indemnización.

<sup>33</sup> En materia laboral se establecen indemnizaciones tasadas en caso de accidentes laborales.

<sup>34</sup> ALTERINI, *La limitación...*, pp. 47 y 48, lo cual puede estar previsto en leyes especiales como la laboral.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>37</sup> Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 125.

<sup>38</sup> MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, 1994, T. I, pp. 350-354.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 352.

## TEMA 13

# La Responsabilidad Contractual y Extracontractual<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Unidad de la responsabilidad civil 2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual 3. El problema del “cúmulo” de las responsabilidades contractual y extracontractual

### 1. Unidad de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es la “situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato). La responsabilidad civil extracontractual que tiene lugar por hecho ilícito o abuso de derecho (CC, art. 1185) se denomina también responsabilidad civil delictual”<sup>2</sup>. Por lo que para algunos la primera diferencia que se manifiesta entre la responsabilidad contractual y la aquiliana es la existencia de una relación contractual en la primera y su inexistencia en la segunda. De hecho, la existencia de un contrato entre la víctima y el agente del daño es el presupuesto de la responsabilidad contractual<sup>3</sup>. Le Tourneau, con base a la sentencia fran-

<sup>1</sup> En el presente tema seguimos fundamentalmente: LAGRANGE, *Apuntes...* Véase también: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Ascenso N° 10, 2007; RODRÍGUEZ MATOS, *Notas ...*, pp. 451-473; MÉLICH ORSINI, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, *ob.cit.*, T. I, pp. 277-307; MÉLICH ORSINI, José: *La responsabilidad contractual...*, *ob.cit.*, pp. 11-68; VÉLEZ POSADA, Paulina. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual. El seguro como criterio de imputación*. Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Privado, Especialidad Derecho Civil, Trabajo de fin de master, 2012, [http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina\\_Velez.pdf](http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf); OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 535-544; PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...*, pp. 283-305; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984*. En: *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, N° 5, Lima, Diciembre 1999, pp. 52-70, [http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25&Itemid=141](http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141).

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 147.

<sup>3</sup> PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...* la autora opina que “la irreflexiva unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual conduce a desconocer los principios rectores del derecho contractual. Se hace pues necesario proceder a un examen riguroso de la responsabilidad contractual (y también de la extracontractual) con un enfoque sistemático y, además, tomando conciencia de la complejidad actual, incluso en ámbito jurídico”.

cesa de casación de la 3ª Sala Civil del 3 de diciembre de 2003, rechaza la expresión “responsabilidad contractual” y señala que debe ser sustituida por “desfallecimiento contractual”<sup>4</sup>.

Una persona es civilmente responsable cuando se encuentra obligada a reparar el daño que le ha ocasionado a otra. Se alude a responsabilidad contractual en sentido amplio, para referirse a la obligación que incumbe al deudor de reparar el daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento de una obligación. La responsabilidad extracontractual, en cambio, surge de la violación del deber genérico que cada uno tiene de no causar daños a los demás. De modo que la responsabilidad extracontractual no se deriva del incumplimiento de una obligación en sentido técnico sino de la infracción de un deber que por sí no es de naturaleza patrimonial, consagrado en el artículo 1185 del CC.

Durante mucho tiempo se exageró la diferencia de origen entre esos dos tipos de responsabilidad. Y la doctrina trata a la responsabilidad extracontractual diferenciándola radicalmente de la otra, hasta el punto que prefería hablar de responsabilidad contractual y prefería aludir a “garantía”.

Pero lo cierto es que entre ambas responsabilidades no existen diferencias esenciales. Pues tanto la una como la otra representan una obligación de reparar; pero un caso derivado del incumplimiento de una obligación en sentido técnico o estricto; y en el otro, del incumplimiento de un deber genérico.

La responsabilidad contractual permite distinguir con claridad entre la obligación originaria incumplida y la obligación consistente en la responsabilidad civil, que es una obligación nueva surgida del incumplimiento arbitrario por parte del deudor del derecho de crédito del acreedor. Mientras que la otra, a esa obligación autónoma, nueva, en que consiste la responsabilidad civil pero que no corresponde con un deber preexistente, sino un deber general, un deber que incumbe a cada individuo de la colectividad social de no causar daño a ninguna otra persona.

Se aprecia decisión judicial que indica: “Lo que determina la responsabilidad civil contractual o extracontractual es el daño ocasionado por una persona a otra, independientemente si entre ellas existe o no un vínculo convencional anterior, privando en todo caso el deber genérico de no dañar los intereses ajenos, por lo que, en esencia, es artificiosa la distinción que se hace de ambos tipos de responsabilidades, pues son instituciones de la misma naturaleza, así provengan de cualquier fuente; por lo tanto, ciertamente se impone darles un tratamiento unificado además de permitir su mejor comprensión”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil* ..., p. 99.

<sup>5</sup> Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, FPO2-A-2006-000009, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/.../1973-11-FPO2-A-2006-000009-PJ01820>.

Entre ambas, existen sin embargo diferencias, pero no sustanciales, sino de detalle en lo que respecta a la regulación de una y otra. Por ello, lo deseable sería llegar a un sistema uniforme, sujetándolas a una regulación única, salvo ciertamente normas especiales que serían características de cada una. De allí que se afirme que la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual no es de esencia sino de localización<sup>6</sup>. Por eso frente al dualismo de la tesis clásica surge la teoría unitaria de la responsabilidad civil, para la cual la diferencia entre ambas sería de “detalles”<sup>7</sup>. Se alude a la “unidad teórica de las dos responsabilidades”<sup>8</sup>. De allí que se cita entre las modernas tendencias de la responsabilidad civil la “*difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual*”<sup>9</sup>.

## 2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual<sup>10</sup>

### 2.1. Capacidad

La responsabilidad contractual supone e implica en el sujeto la capacidad para obligarse y de otro modo no será posible hacer recaer sobre él las consecuencias del incumplimiento de la obligación. Al efecto indica el artículo 1349: “*Nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas*”. Se refiere la norma a la obligación contraída por tales personas y que nace viciada de nulidad relativa que puede hacer valer el incapaz. Y si así lo hace y es declarada tal, no se puede reclamar el reembolso de lo pagado, salvo que se convirtiera en su provecho. Es decir, dentro de los límites que se haya enriquecido injustamente a expensas de la otra parte y en la medida que el enriquecimiento subsista en el patrimonio del incapaz. De manera que los términos en los cuales se trata dicha norma son muy severos precisamente en protección al sujeto afectado por la incapacidad.

En materia, extracontractual por su parte, rige el artículo 1186 del CC: “*El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que haya obrado con discernimiento*”<sup>11</sup>. La capacidad delictual o para responder por hecho ilícito viene dada por la capacidad natural asociada al discernimiento. Esto es, la capacidad de entender y de querer que implica cierta madurez y un estado de conciencia. La capacidad para distinguir lo bueno de lo malo, la

<sup>6</sup> PADILLA, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>7</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 280-283.

<sup>8</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 537 y 538.

<sup>9</sup> Véase *supra* tema 1. 7.11.5.

<sup>10</sup> Véase también: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 569-571; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 285 y 286; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, pp. 284-293; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 538 y 539.

<sup>11</sup> Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191...*, pp. 15-108; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N° 1, 3ª edic., 2010, pp. 38-40.

capacidad de darse cuenta uno mismo de lo que está haciendo, por qué lo hace y las consecuencias. Tal capacidad falta en el niño y en el demente. Pero la posee en principio el adolescente y el inhabilitado. Lo que exige la ley para responder por hecho ilícito extracontractual es que el sujeto cuando cometió el acto estuviere dotado de capacidad de entender y de querer. El entredicho pudiera responder si se logra probar que actuó en un intervalo de lucidez. De tal suerte que la capacidad delictual deriva de la capacidad natural y no coincide necesariamente con la capacidad civil<sup>12</sup>.

### 2.2. Daños previsibles e imprevisibles

La doctrina tradicional realiza otra diferencia con base a que la responsabilidad contractual se limita a los daños previsibles o que hayan podido preverse al momento de contraer la obligación, y no se extiende a los daños imprevisibles salvo que medie dolo de conformidad con el artículo 1274 CC. En tanto se afirma que en materia extracontractual se extiende al daño imprevisible<sup>13</sup> por la diferencia de las circunstancias<sup>14</sup>. Pero ello, a decir de Lagrange, constituye en esencia una *impropiedad*. Porque precisamente, por no existir en tal materia una relación preexistente previa entre las partes, entre acreedor y deudor de la responsabilidad extracontractual, no puede hablarse de previsibilidad o de imprevisibilidad del daño como sí acontece en materia contractual, en que puede existir una previsión de cuál será el daño que pueda sufrir el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

A propósito de la previsibilidad, no se ve por qué habría de mantenerse una regla distinta para la extensión de los daños resarcibles. Y así se ha indicado que no habría ninguna distinción fundamental a hacer, desde el punto de vista de la reparación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana<sup>15</sup>.

### 2.3. Daño Moral

Algunos niegan la procedencia del daño moral en materia contractual<sup>16</sup>, a diferencia de la materia extracontractual, bajo el alegato del elemento sistemático de la norma del 1196 CC. Y si bien esa ha sido una postura de cierto sector de la jurisprudencia, desde el punto de vista teórico estricto –aclaraba Lagrange– no existe ninguna razón para sostener eso, pues la responsabilidad por daño moral cabe también por el incumplimiento de una obligación en sentido técnico<sup>17</sup>. Es precisamente en tal ámbito, donde tal vez se hace mayormente evidente, como es el caso de la responsabilidad médica.

<sup>12</sup> Véase *infra* tema 24.3.2.1.

<sup>13</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 570.

<sup>14</sup> Véase: GÓMEZ POMAR, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>15</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, *ob. cit.*, p. 247.

<sup>16</sup> Véase: ESBORRAZ, David F. y otros: *El daño moral en la responsabilidad contractual*. En: <http://www.infojus.gob.ar/carlos-hernandez-dano-moral-responsabilidad-contractual-dasjo60084/123456789-oabc-defg4800-6ojsanirtcod> La historia del reconocimiento del daño moral contractual en el Derecho argentino no se encuentra desprovista de aristas conflictivas.

<sup>17</sup> Véase *supra* tema 10.2.3.4.f; LAGRANGE, *Apuntes...*; DOMÍNGUEZ H., Carmen: *La reparación del daño moral derivado del contrato en el Derecho Civil Chileno: realidades y límites*. pp. 227-244, <http://www.udp>.

#### 2.4. *Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad*

En materia contractual se admiten dentro de las limitaciones derivadas de la autonomía de la voluntad la posibilidad de cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil. En tanto que en materia extracontractual, la tendencia tradicional apunta a negar la validez de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad como contrarias a las normas de orden público aplicables en materia de responsabilidad extracontractual. Se rechaza tal estipulación por contraria al orden público. Ejemplo de ello sería una cláusula que indicara “no respondemos por hecho ilícito”.

#### 2.5. *Culpa levisima*

Se pretende sostener con base a una vieja doctrina que en materia extracontractual el autor queda obligado inclusive por culpa levisima, es decir, por la omisión del deber de diligencia máxima, aquella que no es propia sino de los seres humanos extraordinariamente diligentes y previsivos. Ello a diferencia de la responsabilidad contractual en que salvo que por aplicación de la autonomía de la voluntad se pacte ésta expresamente el patrón de referencia es la culpa leve en abstracto, esto es, la diligencia que observaría el deudor medio, a saber, el buen padre de familia (CC, art. 1270). La verdad, indicaba acertadamente Lagrange, que no se encuentra en la ley base alguna para sostener la procedencia de la culpa levisima en materia extracontractual, por lo que la tendencia moderna ha de ser rechazar tal diferencia y juzgar con el mismo patrón de conducta, a saber, la culpa leve en abstracto<sup>18</sup>.

#### 2.6. *Solidaridad*

En cuanto a la posibilidad de dirigirse a uno de los autores del daño a reclamarle el pago del todo, hay una diferencia. En materia contractual, sabemos que la solidaridad no se presume sino que precisa pacto expreso, pues lo que ha de presumirse a falta de dicho pacto es la mancomunidad (CC, art. 1223)<sup>19</sup>. En tanto que en materia extracontractual rige el artículo 1195 CC que establece una solidaridad en la obligación de reparar a cargo de los coautores del hecho ilícito.

#### 2.7. *Comunidad conyugal*

En materia contractual el cónyuge (marido o mujer) comprometen la responsabilidad de los bienes comunes por las obligaciones que contraiga como administrador de los mismos (CC, art. 168)<sup>20</sup>. En tanto que la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro ni en sus bienes propios ni en su parte de los comunes (CC, art. 167)<sup>21</sup>. Toda vez que

---

cl/.../derecho/...Derecho...contratos/reparacion\_danomoral\_D Indica la autora que modernamente el daño moral derivado del contrato es un principio básico de la responsabilidad civil con base a la principio de la reparación integral y presenta contornos que lo diferencian de la responsabilidad aquiliana; TSJ/SCC, Sent. N° 000176 del 20-5-10.

<sup>18</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>19</sup> Véase *supra* tema 5.3.

<sup>20</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Paredes, 2014, pp. 137 y 138.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 136.



la materia extracontractual por hecho ilícito se considera personalísima, y prueba de ello es que las indemnizaciones recibidas por tal son propias o exclusivas del cónyuge afectado (CC, 152, num. 5)<sup>22</sup>.

### 2.8. Presunción de culpa por el solo incumplimiento del deudor

Según indicamos en materia contractual figura una suerte de presunción de culpa derivada de la inejecución de la obligación, salvo que el deudor pruebe causa extraña no imputable<sup>23</sup>. La responsabilidad civil extracontractual general por hecho ilícito (1185 CC) precisa de la prueba de la culpa del agente del daño. Aunque veremos que existe tanto en materia extracontractual como contractual, casos de responsabilidad objetiva ajenos a la idea de culpa del agente y basados generalmente en la idea del riesgo-provecho.

### 2.9. Requerimiento

Vimos al referirnos a la mora, que por lo general en materia contractual se precisa el “requerimiento” u orden imperativa de pago salvo aquellos casos en que no es posible mora, se precisa el “requerimiento” u orden imperativa de pago, salvo excepciones, entre las que se ubica el caso del “hecho ilícito”. Esto es, en materia contractual se precisa en principio “requerimiento” o intimación al pago, a diferencia de la materia extracontractual.

### 2.10. Ilícitud del daño

En cuanto al objeto de la lesión, no habría diferencias entre el ilícito contractual y el aquiliano. Ambos implicarían la transgresión de un deber preexistente. La distinción sólo se reduciría a una cuestión secundaria: en el ilícito aquiliano el deber recae en la generalidad de los individuos, por corresponder a un derecho absoluto; ínterin que, el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente por tratarse de un derecho relativo<sup>24</sup>.

## 3. El problema del “cúmulo” de las responsabilidades contractual y extracontractual<sup>25</sup>

Se alude a “cúmulo de responsabilidades”, no para referir a la concurrencia de ambas responsabilidades (contractual y extracontractual)<sup>26</sup> sino a la

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>23</sup> Véase *supra* tema 10.2.2.1.g.

<sup>24</sup> DE LORENZO, Miguel Federico: *El daño injusto en la responsabilidad civil (Alterum non laedere)*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 57-59.

<sup>25</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; MARTÍNEZ RAVE, *ob. cit.*, pp. 29-32; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 296-307; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 540-542; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 172-175; MÉLICH ORSINI, José: *El Resarcimiento del Daño Moral en Materia Laboral y la Cuestión del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 83-114; PÉREZ BRAVO, Carlos: *La concurrencia de responsabilidades*, pp. 111-146, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/8-Perez.pdf>; CORRAL TALCIANI, Hernán: Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, julio 2010, pp. 69-107, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=50718-80722010000100003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-80722010000100003).

<sup>26</sup> Véase: MADRID MARTÍNEZ, *Breves consideraciones...*, p. 551 la expresión “cúmulo” es equívoca pues sugiere el goce simultáneo de las ventajas de ambas acciones.

posibilidad de optar por una u otra en caso de darse ambas. Siendo que realmente lo que acontecería es una “*opción*”<sup>27</sup> y no una “*acumulación*”.

El asunto del cúmulo de responsabilidades trata de responder las siguientes preguntas: ¿Cuándo el deudor ha incumplido la obligación existe la posibilidad de hacer valer solo la responsabilidad contractual o puede si lo prefiere invocar por tal incumplimiento las reglas de la responsabilidad extracontractual?

¿Qué interés podría tener el acreedor en invocar las reglas de la responsabilidad extracontractual? Pues por ejemplo podría escapar de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil; podría (aunque discutido) pretender la reparación del daño imprevisible, pretender la solidaridad pasiva (CC, art. 1195), evitaría tener que constituir en mora al deudor, podría aprovecharse de las normas que rigen en materia de guarda de cosas (CC, arts. 1192, 1193 y 1194). Pero podría acontecer que el acreedor tuviera interés en mantenerse dentro de la responsabilidad contractual para aprovecharse de la presunción de culpa del deudor respecto de incumplimiento; embargar bienes de la comunidad conyugal; atenerse al domicilio de elección escogido por las partes.

A ello se refiere el problema del “*cúmulo*” de responsabilidades, aunque la expresión indudablemente no es la apropiada, pues sugiere una adición o aplicación conjunta, cuando en verdad no se trata de eso. Pues no supone que el sujeto pueda acumular dos indemnizaciones por un mismo hecho lo cual sería absurdo porque se trata de dos regímenes diferentes no obstante la unidad de la responsabilidad civil. Más bien de lo que se trata es un asunto de “*opción*”. En efecto, se trata de dilucidar si ante un mismo hecho puede el sujeto tomar la vía de la responsabilidad civil contractual o por el contrario la de responsabilidad extracontractual.

En la doctrina extranjera se alude a la “*conurrencia*”<sup>28</sup> o “*concurso*”<sup>29</sup> de la responsabilidad contractual y extracontractual y se afirma que constituye uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente, porque no se ofrecen criterios seguros<sup>30</sup>. Sin embargo, en España sin dejar de reconocer ciertas especificidades, se establece el principio de la unidad conceptual de la culpa civil, y la compatibilidad de la responsabilidad contractual y extracontractual<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 111; LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>28</sup> Véase: PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 122, Respecto a la denominación, se suele emplear el término cúmulo, lo que es un error ya esto sería sumar y esto es inexplicable y conduciría a un enriquecimiento sin causa, pues no pueden sumar ambas acciones, sino que, por el contrario, se trata de diferenciar qué estatuto le aplicamos. Por ello, hoy en doctrina extranjera se habla de concurso o de conurrencia de responsabilidades.

<sup>29</sup> Véase: CORRAL TALCIANI, *ob. cit.*, “Estamos ante un supuesto de concurso, o como se le llama tradicionalmente “*cúmulo*”.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 856.

<sup>31</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 167

Ello podría presentarse respecto de aquellos supuestos que, al margen de la relación contractual que da origen a la obligación, el deudor incurra en responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de haber infringido el deber de no dañar a los demás o incurrir en abuso de derecho (CC, art. 1185). El criterio unificador con base a la unidad de la responsabilidad propugna un tratamiento individual de ambas categorías (contractual y extracontractual)<sup>32</sup>.

En Venezuela la discusión relativa al *cúmulo de responsabilidades* contractual y extracontractual es aceptada por un sector de la doctrina<sup>33</sup> y rechazada por otro<sup>34</sup>. Por su parte, algunas decisiones judiciales parecen favorables a la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual luego de pasarse por la doctrina en la materia<sup>35</sup>. Refiere una decisión judicial “...lo que sí está claro en principio es que la responsabilidad contractual excluye en principio a la responsabilidad ordinaria por hecho ilícito o Aquiliana, por cuanto la fuente de tal responsabilidad es totalmente diferente en ambos casos y en la primera la culpa, la causalidad y el daño deviene del incumplimiento de normas contractuales y en la ordinaria de otras diferentes a las contempladas en el contrato”<sup>36</sup>. No obstante, debe tenerse claro que el problema del mal llamado “cúmulo” no pretende una concurrencia o simultaneidad de regímenes en principio incompatibles, sino la posibilidad de opción u escogencia a la víctima o deudor, de uno de ellos en caso de “concurrir”.

<sup>32</sup> Véase: LLANOS LAGOS, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>33</sup> Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: “*El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*”. En: IV Jornadas Anibal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 70-73; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La responsabilidad civil derivada...*, *ob. cit.*, pp. 157 y 158, la autora resume las condiciones que ha fijado la doctrina (Mélích y Sansó) para admitir su procedencia y reseña que la jurisprudencia ha llegado a admitir la concurrencia de responsabilidades; RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.*, p. 537.

<sup>34</sup> Véase: ADRIÁN, Tamara; “*Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema*”. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélích Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, p. 430, critica la inusual solución jurisprudencial venezolana y agrega que las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al Juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual tiene muchas veces más ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas; MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 307, “evitar la contaminación de la teoría del contrato por aquellos principios que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”.

<sup>35</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 9-8-06, Exp. BHO2-V-2001-000036, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1065-9-BHO2-V-2001-00036-.htm>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, Exp. FP02-A-2006-000009, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2008/noviembre/1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ0182008000836.html> “la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en torno a la posible acumulación eventual de responsabilidades.

<sup>36</sup> Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html>.

Se afirma que la concurrencia de responsabilidades puede tener lugar por varias razones<sup>37</sup>, a saber, porque aun existiendo un contrato, la responsabilidad pueda calificarse de extracontractual; que se trata de dos pretensiones distintas entender que el dañado puede “optar” a su conveniencia por una u otra, por tratarse de un concurso alternativo de pretensiones<sup>38</sup>.

El problema no pareciera ser complicado cuando se ha violado una obligación estrictamente contractual. El problema se presenta en toda su agudeza cuando el incumplimiento del deudor viola además del derecho de crédito un derecho absoluto, esto es un derecho con una naturaleza distinta al derecho de obligación; que pudiera haber sido violado fuera del ámbito del contrato. Los ejemplos que se colocan son varios: el caso del médico que incurre en un error de diagnóstico o por impericia en la intervención causa un sufrimiento por propiciar un daño físico. Existe allí una violación del derecho de crédito derivado de la relación contractual pero también la infracción de un derecho absoluto. Otros ejemplos: cuando en las Farmacias el farmacéuta como era su función (no como ahora que son simples vendedores de remedios patentados) se equivocaba en la prescripción del medicamento. En el contrato de transporte en materia civil (pues en materia mercantil se rige por responsabilidad extracontractual) que entre sus obligaciones tiene que las cosas y personas lleguen sanas y salvas, pero suponga que la persona transportada muera. Que un club o centro de recreación no tenga las condiciones necesarias y por su descuido muera un cliente<sup>39</sup>.

Es aquí donde la doctrina se divide: algunos sostienen que el interesado puede optar entre la responsabilidad contractual o extracontractual, porque esta última ofrece una protección general, basada en el deber genérico de que nadie le puede causar un daño a otro. Se sostiene que cuando uno entra en relación con otra persona no entiende disminuir esa protección general, sino por el contrario, se busca incrementar la tutela de los intereses. De lo que se deduce que estando dados sus requisitos podría optarse por la protección extracontractual. La cuestión estaría en considerar haciendo abstracción del contrato si ese hecho arbitrario en ausencia de contrato configurarían responsabilidad extracontractual. Y si la respuesta es afirmativa la víctima podría optar por tal protección.

Pero otros por su parte, sostienen que las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual no cumplen una función meramente ornamental sino que existen para configurar una situación especial distinta a la derivada de una relación contractual. Por lo que para esta tesis no habría posibilidad de “optar” o de “escoger” entre uno de los dos sistemas. Se añade incluso que ello no sería así, si las partes incluyeran en el contrato

---

<sup>37</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>38</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 855 y 856.

<sup>39</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

una cláusula que la permitiera acudir a la responsabilidad por hecho ilícito si la contractual fuese insuficiente<sup>40</sup>.

Ahora bien, en nuestro país indicaba Lagrange, la discusión está abierta, la tendencia jurisprudencial “parece” (sólo eso) favorable a la opción<sup>41</sup>. Pues cuando se aprecian algunas sentencias –indicaba– se observan ciertas incoherencias que dejaban las dudas si se estaría al tanto del problema. En Francia, la tendencia es no permitir la opción. En Italia hay posturas divididas. En un país como Estados Unidos el Juez tiende a dictar la solución que más convenga al margen de precisiones teóricas. Pero en todo caso, la tendencia nacional parece apuntar a la opción. Ejemplo de ello, lo representa una decisión de la Sala Constitucional en materia de transporte aéreo que se muestra partidaria de la tesis dualista de la responsabilidad civil, teniendo por norte la necesidad de reparar el daño<sup>42</sup>.

Y la verdad es que la posibilidad de la “opción”, es la que más ampliamente proyecta en forma flexible la mejor protección del afectado, si éste decide hacer uso de la vía extracontractual o por el contrario de la vía contractual, siempre y cuando las condiciones están dadas en ambas. Se tendrá a nuestro entender la posibilidad de “optar”, pero nunca de “acumular”. Creemos sin embargo –aun cuando no sea la tendencia mayoritaria patria en la actualidad inclusive a nivel jurisprudencial– que el daño moral procede en materia contractual<sup>43</sup>, al margen de la discusión relativa al cúmulo o más propiamente de la “opción”. Esto es, consideramos que no se debería acudir a la problemática del cúmulo para justificar la procedencia del daño moral en materia contractual. Pues ciertamente, la violación de un derecho de la personalidad que es el presupuesto por excelencia del daño moral, puede existir en una relación contractual como es el caso de la responsabilidad civil del médico, según tuvimos oportunidad de explicar<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Véase: PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 123; no es lógico entregar a la víctima el derecho de optar por uno u otro régimen. O se opta por un régimen unitario de responsabilidad o se establece de manera explícita el régimen resarcitorio a utilizar o se minimizan las diferencias entre ambas responsabilidades. Seguir en el actual estado lleva indefectiblemente a la injusticia.

<sup>41</sup> Véase: RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.*, p. 534; TSJ/SCC, Sent. N° 000549 de 11-8-14; TSJ/SCC, Sent. 00324 del 27-04-04; TSJ/SPA, Sent. N° 00201 del 20-8-08; TSJ/SCC, Sent. N° 000176 del 20-5-10; Véase: TSJ/SPA, Sent. 00325 del 28-2-07; Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 21-7-09, Exp. 2008-000214, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/JULIO/2176-21-2008-000214-HTML>.

<sup>42</sup> TSJ/SConst., Sent. N° 1126 de 3-8-12, 11-1033, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html>.

<sup>43</sup> Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>44</sup> Véase *supra* tema 10.2.3.4.f.

## TEMA 14

# La Regulación Convencional de la Responsabilidad Civil (Cláusulas Convencionales)<sup>1</sup>

.....

**SUMARIO:** 1. Generalidades 2. Cláusulas de exoneración total 3. Cláusulas de responsabilidad limitada 4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor 5. La cláusula penal 6. Las arras

### 1. Generalidades

La autonomía de la voluntad, cuyo límite lo determina el propio ordenamiento jurídico, puede encontrar aplicación en materia de regulación convencional o contractual de la responsabilidad civil.

Las cláusulas convencionales sobre responsabilidad pretenden regular una posible responsabilidad del deudor. Su objeto es establecer una regulación en tal sentido, sin remitir exclusivamente a la regulación legal. Entre sus ventajas se reseña que evita controversias o discusiones, aunque pueden servir también para extender la responsabilidad del deudor (en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o culpa levísima) así como atemperar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. Son comunes en los contratos de adhesión. Tienen sus ventajas e inconvenientes, aunque puede verse como un medio técnico dirigido al cumplimiento de ciertos fines<sup>2</sup>. Entre las desventajas se cita que puede favorecer la negligencia del deudor<sup>3</sup>. Indica el artículo 1.276 CC: “*Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras*”.

<sup>1</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La regulación convencional de la responsabilidad civil y otras cláusulas accesorias de los contratos*. En: 200 años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje. Colegio de Abogados del Distrito Federal, Vol. II, 1989, pp. 87-154; CORSI, Luis: *Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la Responsabilidad contractual*. En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 3-47; GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis y Tanía GONZÁLEZ BOLÍVAR: *Las cláusulas limitativas y de exoneración de la responsabilidad negocial en materias de seguro de Daños*. En: Revista de Derecho Privado N° 1-4, Caracas, octubre-diciembre 1984, pp. 36-52; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 523 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 243 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 286-300; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; MUNIZ ARGÜELLES, Luis: *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*. Bogotá, Temis, 2006; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 210-212; PUIG I FULLOL y otros, *ob. cit.*, pp. 323-325; SILVA RUIZ, Pedro: *Cláusulas modificativas/ limitativas de la responsabilidad contractual (Derecho puertorriqueño y estadounidense)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-24, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>2</sup> CORSI, *Contribución...*, p. 5.

<sup>3</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

Entre sus variantes o clases la doctrina ubica: 1. Las cláusulas de no responsabilidad o exoneración 2. Las cláusulas de responsabilidad limitada 3. Las cláusulas de agravación o ampliación de la responsabilidad 4. La cláusula penal y 5. Las arras.

## 2. Cláusulas de exoneración total

A tales cláusulas se les reconoce validez dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad<sup>4</sup>. No se admite sin embargo la exoneración de la responsabilidad en los siguientes supuestos:

2.1. Por *dolo o culpa grave*<sup>5</sup> (ej. Art. 1506 CC) por ser contrario al orden público y ser manifestación de una carencia de voluntad de obligarse, según se indicó a propósito de la culpa como requisito de la responsabilidad contractual<sup>6</sup>. No cabe pues exonerar por dolo o culpa grave.

2.2. Aquella referida a daños relativos al cuerpo u otros *derechos personalísimos*, toda vez que estos conforman derechos irrenunciables teñidos por la noción de orden público<sup>7</sup>.

2.3. Violatorias del *orden público* entre las que cabe ubicar las cláusulas "*abusivas*"<sup>8</sup>, aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones<sup>9</sup>. Siendo ejemplos de tales<sup>10</sup> las que imponen plazos de caducidad excesivamente cortos o pretenden requisitos de difícil verificación<sup>11</sup>, que acortan el lapso de prescripción<sup>12</sup>, que imponen regulación de jurisdicción,

<sup>4</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>5</sup> Véase: CORSI, *Contribución...*, pp. 19-22.

<sup>6</sup> Véase *supra* tema 10.2.2.1.

<sup>7</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 80 y 81; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 136 y 137.

<sup>8</sup> Aquellas desproporcionadas, excesivas y odiosas y por tal contrarias a la buena fe. Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Cláusulas abusivas...*, pp. 257-341; CORSI, *Contribución...*, pp. 27-43; SOTO COAGUILA, Carlos: *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 140, Vol. 69, 2002, pp. 179-220; DÍAZ BRAVO, Arturo: *Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado (a la luz del Derecho mexicano)*, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello N° 57, 2002, pp. 441-452; DURÁN RIVACOBRA, Ramón: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano)*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 439-509; CHABAS, Francois: *El régimen de las cláusulas abusivas y la protección para las partes consumidora y comerciantes*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 253-275; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288; DE FREITAS DE GOVEIA, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>9</sup> Véase sentencia citada: TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html>; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 395, son contrarias a la buena fe y propician un desequilibrio de las prestaciones.

<sup>10</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 536 y ss.; ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, pp. 273-289.

<sup>11</sup> Véase: CORSI, *Contribución...*, pp. 37-39.

<sup>12</sup> Véase: *ibid.*, pp. 35-37.

el sometimiento a arbitraje<sup>13</sup>, la suspensión unilateral del contrato o la renovación automática del mismo y las limitativas del derecho a la defensa<sup>14</sup> como la inversión de la carga de la prueba<sup>15</sup> (así como imponer domicilio de elección o renuncia al domicilio en contratos de adhesión). La doctrina también ubica dentro de la noción de orden público la materia relativa al consumo, a propósito de la improcedencia de cláusulas de este tipo<sup>16</sup>, que son comunes en los contratos de adhesión pero la ley especial trata de minimizarlas<sup>17</sup>. Se distingue también las cláusulas “sospechosamente abusivas” que agravan la responsabilidad de la contraparte del proponente de las condiciones generales de contratación<sup>18</sup>.

2.4. Las relativas a *obligaciones esenciales*, esto es, aquellas que constituyan la esencia o fundamento de la respectiva relación obligatoria. En efecto, la doctrina extranjera ha indicado acertadamente que carecen de validez “las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato excluyen a la vez la obligación misma. La voluntad de las partes ha sido no obligarse jurídicamente”<sup>19</sup>. Con base a dicho criterio pudiera concluirse que los casos de exoneración total de responsabilidad no podrían versar sobre obligaciones esenciales sino sobre las accesorias, esto es, aquellas que no sean determinantes en la esencia o cumplimiento de la prestación principal que propicia el contrato en cuestión, porque lo contrario refleja una ausencia de voluntad de obligarse. Tal sería el caso de que el transportista pretende exonerarse en caso de no cumplir el transporte.

---

<sup>13</sup> Véase: Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial E. 36.430 del 7-4-98), art. 6: “...en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”; TSJ/SPA, Sent. N° 672 del 10-6-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178361-00672-10615-2015-2013-0964.HTML> ; Véase *infra* tema 20.4.8.

<sup>14</sup> ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas* pp. 306-322.

<sup>15</sup> CORSI, *Contribución...*, pp. 39-42.

<sup>16</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288.

<sup>17</sup> Véase: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Responsabilidad civil como mecanismo de protección de consumidores y usuarios*. En: Homenaje a Anibal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 74-80.

<sup>18</sup> ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, p. 290.

<sup>19</sup> Véase: GALINDO GARFIAS, Ignacio: *La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de responsabilidad*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/415/5.pdf>. 51. Agrega el autor que los elementos esenciales del contrato, así como la naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato no puede ser desvirtuada por la autonomía de la voluntad (*ibid.*, p. 46). Véase en el mismo sentido: GONZÁLEZ CASTILLO, Joel: *Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites*. Revista Chilena de Derecho Vol. 38, N° 1, 2011, pp. 89-100, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372011000100005&script=sci_arttext) no cabe la exoneración de responsabilidad de “obligaciones esenciales”; “las exonerativas no serían válidas por falta de causa”. Por ejemplo: acordar que el transportista no responde por el transporte de la mercancía o que el Porteador no responde por daños.



2.5. Cuando el hecho califica como *hecho ilícito*, pues no cabe excluir por acuerdo la procedencia de responsabilidad extracontractual, dada la admisión del cúmulo de la responsabilidad<sup>20</sup>.

2.6. *Imposibilidad de dirigirse contra el patrimonio del deudor*: en sentido semejante a los anteriores se afirma que el citado principio de responsabilidad patrimonial universal se configura con “carácter imperativo (no dispositivo), por lo que no caben los pactos de exoneración de la responsabilidad que le impidan al acreedor en caso de incumplimiento dirigirse contra el patrimonio del deudor haciéndolo intocable<sup>21</sup>.”

### 3. Cláusula de responsabilidad limitada<sup>22</sup>

Refiere Mélich Orsini que las anteriores se distinguen de las cláusulas reguladoras de la responsabilidad civil que se refieren no a la configuración de la obligación en sí misma, sino al ulterior momento de su incumplimiento y de la sanción que engendra éste<sup>23</sup>. Las cláusulas de limitación ciertamente deben pactarse antes de que nazca la responsabilidad<sup>24</sup>, tratan de moderar o matizar la responsabilidad ya en orden a la cuantía del resarcimiento, ya en tema de causa, esto es graduando la diligencia exigible, y con ello, la culpa del deudor<sup>25</sup>. Mélich coloca como ejemplo de las mismas aquellas que limitan la cuantía de la indemnización, que regulan la caducidad contractual y las que acortan el lapso de prescripción<sup>26</sup>. Aunque dado el carácter irrenunciable por anticipado que presenta la prescripción cabe dudar de la validez de esta última, amén que se presenta como abusiva<sup>27</sup> dada la limitación sustancial que supondría respecto del ejercicio de un derecho.

La doctrina extranjera coloca como ejemplos: aquellas que recaen sobre las condiciones de la responsabilidad en especial aquellas que establecen que solo se responderá si el incumplimiento deriva de un tipo de culpa o que solo se responderá si el daño a pagar es solo un daño emergente o un lucro cesante, o que se responderá sólo si el daño proviene de una específica causa. Con respecto a las cláusulas sobre los efectos de la responsabilidad

<sup>20</sup> ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 296, pues la responsabilidad contractual no excluye la responsabilidad por hecho ilícito. Por lo que no es conforme a derecho.

<sup>21</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 213.

<sup>22</sup> Véase: ACOSTA, José Manuel: *Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 277-291; GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, 1965.

<sup>23</sup> Véase: MÉLICH, *Doctrina...*, p. 548.

<sup>24</sup> GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 91.

<sup>25</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 152. Véase también: GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 85, son aquellas que en cualquier modo limitan la responsabilidad contractual regulada legislativamente por el Código.

<sup>26</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 548.

<sup>27</sup> Véase: ACEDO SUCRE, *Cláusulas...*, p. 314.

es de destacar dos tipos, aquellas que recaen sobre el tipo de reparación y aquellas que recaen sobre el *quantum* de la reparación. Entre las cláusulas sobre aspectos procesales de la responsabilidad destacan, las de jurisdicción y competencia, sobre términos y plazos para ejercer acciones y sobre la carga de la prueba<sup>28</sup>.

Refiere Lagrange que las mismas por aplicación de la autonomía de la voluntad pudieran limitar la responsabilidad del deudor en determinados supuestos, atribuir carácter compensatorio, prever una indemnización ante el incumplimiento, en caso de retardo, etc.

Aunque según indicamos se niega toda eficacia a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad patrimonial por su carácter universal, se admite doctrinariamente las cláusulas que limitan los supuestos que dan lugar a la responsabilidad, siempre que las mismas estén dentro de la materia permitida por la autonomía de la voluntad<sup>29</sup>, por lo que los límites vienen dados por la ley, el orden público y las buenas costumbres (moral)<sup>30</sup>. Tales cláusulas son utilizadas habitualmente en la contratación en masa por lo que el Legislador ha tratado de evitar abusos<sup>31</sup>.

#### **4. Cláusulas de ampliación o agravación de la responsabilidad del deudor**

Se admite que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes bien podrían pactar dentro de los límites del orden público, cláusulas que tiendan a agravar o ampliar la responsabilidad del deudor. Así pues se admiten entre éstas la posibilidad de disponer que el deudor responda inclusive por causa extraña no imputable<sup>32</sup>, así como por culpa levísima<sup>33</sup>.

Sobre la posibilidad de excluir la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya nos pronunciamos previamente por su negativa siguiendo la orientación de la doctrina de considerarla por esencia "imprevisible"<sup>34</sup>, pudiendo llegar a constituir inclusive una cláusula abusiva porque a diferencia de pactar responder por causa extraña no imputable, que radica simplemente en trasladar el peso de una imposibilidad sobrevenida, la pretensión absoluta de excluir a la imprevisión bien pudiera llevar a la ruina de una de las partes, lo cual contraría la equidad, la justicia y el justo equilibrio de las prestaciones como principios o reglas básicas de la materia que nos ocupa.

---

<sup>28</sup> GUAL ACOSTA, *ob. cit.*, p. 287.

<sup>29</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 214; GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>30</sup> GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>31</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 215; GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, p. 38, la mayoría de las cláusulas limitativas de responsabilidad se aprecian en los contratos de adhesión por lo que pueden configurarse abusos en este sentido y lindar con las cláusulas abusivas.

<sup>32</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 288.

<sup>33</sup> Véase: MÉLICH, *Doctrina...*, p. 561; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 153.

<sup>34</sup> Véase *supra* tema 8.6; LUPINI BIANCHI, *Notas...*, pp. 320-322.

## 5. La cláusula penal<sup>35</sup>

Se manifiesta como un modo de responsabilidad distinto al legal, producto de la autonomía de la voluntad<sup>36</sup>, pues “la voluntad es su única fuente”<sup>37</sup>. Constituye una “preconstitución contractual de una responsabilidad patrimonial particular para los casos de incumplimiento parcial, defectuoso, retraso o incumplimiento de una obligación”<sup>38</sup>. Se le denomina también “multa convencional”<sup>39</sup> y configura un arreglo anticipado de estimación de daños que pactan las partes<sup>40</sup>. Se trata de un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona a fin de reforzar el cumplimiento de una obligación, se compromete a satisfacer cierta pretensión indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente<sup>41</sup>.

La cláusula penal también llamada pena convencional es una estipulación de carácter accesorio<sup>42</sup> por la que se establece una sanción, generalmente pecuniaria para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente su obligación.

<sup>35</sup> Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*, pp. 145-269; MÉLICH ORSINI, José: *La cláusula penal en los contratos y sus efectos*. En: Libro Homenaje a las X Jornadas “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño” Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 47-66; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La cláusula penal en el Código Civil Venezolano*. Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales, Serie Estudios 99, 2011; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *La función indemnizatoria y de garantía de la cláusula penal*. En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 155-192; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 293-298; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 101-105; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 720-733; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *La cláusula penal*. Buenos Aires, Depalma, 1981; MÉLICH, *Doctrina...*, pp. 561-580; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 565-571; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 153-159; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 193-198; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 132-152; LOBATO, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 369-374; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 169-172; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 44-46; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 260-278; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 238-242; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 451-455; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 231-233; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Divisibilidad de la cláusula Penal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-8, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Reducción de cláusula penal por abuso del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Revisión judicial de cláusulas penales*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-5, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); FERREIROS, *ob. cit.*, pp. 97-277; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 460-462; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 639 y 640.

<sup>36</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>37</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 45.

<sup>38</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, pp. 52 y 53; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 99, es una convención de carácter accesorio añadida a una obligación principal que se integra en la promesa de realizar una prestación, ordinariamente pecuniaria y que se establece para el caso de que una de las partes no cumpla lo prometido.

<sup>39</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 217.

<sup>40</sup> SANOJO, *ob. cit.*, p. 102.

<sup>41</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>42</sup> Véase: LOBATO, *ob. cit.*, p. 18, la cláusula penal se puede establecer por negocio separado directamente relacionado con aquél y debería llamarse en sentido más amplio “pena convencional”.

Para algunos la expresión “cláusula” es impropia, debiéndose más bien referirse a “estipulación” porque no necesariamente ha de encontrarse insertada en el contrato<sup>43</sup>. Se caracteriza por traducirse en un medio de garantía, ser accesorio<sup>44</sup> y ser subsidiario pues salvo pacto en contrario no se puede exigir el cumplimiento y la pena. Puede tener modalidad sustitutiva o cumulativa, cuando sustituye los daños y perjuicios o es exigible además de éstos, respectivamente<sup>45</sup>. Se afirma que evita pleitos<sup>46</sup> porque no existirá una discusión relativa a los daños.

“La cláusula penal tiene por objeto que los daños y perjuicios acarreados por la mora o el incumplimiento de una obligación sean sustituidos por una pena estipulada de antemano por las partes, y es una manera de evitar engorrosas discusiones sobre la existencia o la entidad que realmente han alcanzado esos daños, que podrían resultar difíciles de probar, pero han quedado ya «prefijados» por voluntad de las partes”<sup>47</sup>. De allí que algunos la califiquen también como “valuación convencional del daño”<sup>48</sup>. Constituye una suerte de indemnización sustitutiva<sup>49</sup> que tiene su base en la autonomía de la voluntad.

La cláusula penal presenta la particularidad de ser un medio de garantía que no requiere la intervención de terceros ni la constitución de ningún derecho real para asegurar el cumplimiento de una obligación, aunque no atribuye al acreedor un derecho real de garantía<sup>50</sup>. Presenta la ventaja de fijar anticipadamente el monto por el posible daño, evitando discusiones y la intervención del Juez en la liquidación. La culpa no es determinante, se funda en el riesgo de un daño<sup>51</sup>. Se hace efectiva con el incumplimiento, exime de probar el daño al acreedor<sup>52</sup>.

La cláusula penal no sólo tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación sino también prefijar anticipadamente la indemnización por daños y perjuicios<sup>53</sup>, evitando así la incertidumbre de la cuantía de la

---

<sup>43</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 14.

<sup>44</sup> OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 44 y 45.

<sup>45</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 143.

<sup>46</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 460.

<sup>47</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *Revisión...*, p. 1.

<sup>48</sup> Véase: FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 97.

<sup>49</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 21-5-15, Exp. BPO2-R-2015-000099, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/.../1038-21-BPO2-R-2015-000>.

<sup>50</sup> URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 22.

<sup>51</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 55.

<sup>52</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 219 y 220. Véase también: FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 116, releva al acreedor de la prueba de la existencia del daño que le hubiere requerido la teoría general.

<sup>53</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 289 y 290, subsidiaria porque sólo funciona cuando ya no se tiene acción, no se puede acumular el importe de la pena con la prestación principal.

indemnización<sup>54</sup>. Es sumamente útil porque exime al afectado de la necesidad de la prueba de la cuantía del daño<sup>55</sup>.

Entre sus funciones<sup>56</sup> se ubica una *compulsiva* pues constriñe psicológicamente al deudor<sup>57</sup>; una *indemnizatoria* puesto que fija por anticipado una indemnización por daños y perjuicios<sup>58</sup>. El CC le atribuye así una función compulsiva, indemnizatoria y también resarcitoria, satisfactiva y probatoria<sup>59</sup>.

De allí que se le atribuya una triple función.

- a. *Resarcitoria o indemnizatoria* (fijación anticipada por posibles daños y perjuicios).
- b. De *garantía o compulsiva* (el deudor ante el temor de pérdida económica se ve estimulado a cumplir)<sup>60</sup>. El instituto tiende a asegurar el cumplimiento de la palabra empeñada y al ponerse de acuerdo las partes anticipadamente en cuánto vale el incumplimiento del deudor se apunta la seguridad<sup>61</sup>.
- c. *Estrictamente penal* (pudiera pactarse exclusiva y simplemente a título de “pena” y no de indemnización, con lo cual coexistiría o se acumularía esta última<sup>62</sup>. En tal caso existe *pena cumulativa* cuando la cláusula penal se pacta conviniendo que en caso de incumplimiento el acreedor puede exigir además del cumplimiento forzoso la prestación prevista como pena<sup>63</sup>. Pero ello debe precisarse con claridad<sup>64</sup>

Dispone el artículo 1257 CC: “*Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento*”. Ello ha llevado a la doctrina a distinguir que la cláusula

<sup>54</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>55</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 232.

<sup>56</sup> Véase: LOBATO, *ob. cit.*, pp. 30-34; URDANETA FONTIVEROS, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-192.

<sup>57</sup> URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 30; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 3, alude a función compulsiva y afflictiva.

<sup>58</sup> URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 32; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, opera como “tope convencional” de la liquidación de daños.

<sup>59</sup> Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 34-40.

<sup>60</sup> Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 239; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 105-107; URDANETA FONTIVEROS, *La función indemnizatoria y de garantía...*, pp. 184-187.

<sup>61</sup> FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>62</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, refería que en el último caso se presentaría la pena en estado puro y no como compensación de daños y perjuicios, en cuyo caso la sanción sería doble. Señalaba no haber visto una en práctica; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 566.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 240.

<sup>64</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 455.

penal procede tanto en caso de incumplimiento total (1258<sup>65</sup> y 1259<sup>66</sup> CC) o parcial (1260<sup>67</sup>), así como en caso de retardo (1258 CC<sup>68</sup>). Lo que lleva a distinguir entre cláusula pena *compensatoria* y cláusula penal *moratoria*<sup>69</sup>

Entre sus caracteres se ubica ser preventiva<sup>70</sup>, constituye una pena civil, es voluntaria, es condicional<sup>71</sup>, subsidiaria<sup>72</sup> y accesoria<sup>73</sup>. Se alude a *accesoriedad* porque carece de sentido por sí sola y de allí que la nulidad de la obligación principal genere la cláusula penal<sup>74</sup>, pero no viceversa<sup>75</sup>. Así mismo se afirma su *subsidiariedad* pues solo es exigible en caso de inejecución o retardo<sup>76</sup>. Se agrega que es *preventiva* porque pretende incentivar el cumplimiento del contrato y a su vez de ser el caso eliminar toda discusión relativa al monto de los daños y perjuicios y algunos incluyen *inmutable* salvo que medie acuerdo de las partes<sup>77</sup>, o más precisamente en razón de esto último “*relativamente inmutable*”<sup>78</sup>. Tiene carácter *potestativo* para el

<sup>65</sup> “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por simple retardo”.

<sup>66</sup> “El acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada”.

<sup>67</sup> “La pena puede disminuirse por la Autoridad Judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte”. Véase sobre dicha norma: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 573 y 574, la norma permite al juez intervenir a solicitud del deudor y no de oficio, pero para el autor tal norma tiene carácter dispositivo por lo que puede ser eliminada por acuerdo de las partes.

<sup>68</sup> Ya así por ejemplo, refería Lagrange que es común en algunos contratos como el de suministro pactar determinada cantidad por cada día de retraso.

<sup>69</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 564; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 565 y 566; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 100 y 101; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>70</sup> Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 86.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 84 y 85.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>73</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 291-293; FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 102-104; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 63 y ss.; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

<sup>74</sup> SANOJO, *ob. cit.*, p. 102.

<sup>75</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 461.

<sup>76</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 577-579, la existencia de una cláusula penal no impide al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación en especie. Tan sólo la vida de un puro cumplimiento por equivalente le está cerrada pues precisamente la figura es un instrumento para sustituir la misma; TSJ/SCC, Sent. N° 500 de 5-8-14, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sc/0ctubre/RC-00765-241007-07078.html> si el obligado cumple, desaparecen los daños y perjuicios, salvo que se estipulen éstos por el simple retard; TSJ/SCC, Sent. N° 765 del 24-10-07, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/sc/0ctubre/RC-00765-241007-07078.html>; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, Sent. 6-5-2015, Exp. 14.422, <http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/732-6-14.422-.HTML> pretender el cumplimiento de una obligación conjuntamente con la compensación de daños y perjuicios establecidos como cláusula penal (sin que esté previsto el pago de ésta por el solo retardo) son pretensiones excluyentes, habida cuenta que la cláusula penal es consecuencia de la inejecución”.

<sup>77</sup> URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 77-110. Véase sobre la inmutabilidad: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 561 y 562; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 567; FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 103.

<sup>78</sup> Véase: FERREIRÓS, *ob. cit.*, pp. 121 y 122, por cuestiones de seguridad alude a la imposibilidad del acreedor de pretender un monto superior al estipulado y al deudor de pretender disminuir ese mon-

acreedor, quien puede pedir al deudor constituido en mora la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada (CC, art. 1259) en cuyo caso el deudor no puede pretender liberarse cumpliendo la pena, sino que quedará obligado al cumplimiento de la obligación principal<sup>79</sup>.

Se discute la relación entre cláusula penal y prohibición de usura<sup>80</sup>, aunque cabe recordar que no tiene necesariamente que limitarse al interés legal porque desempeña una función diferente<sup>81</sup>. Para algunos la cláusula penal podría coexistir con la indemnización por la pérdida del valor adquisitivo, pues una responde a la penalidad contractual y la otra por preservar el equilibrio económico<sup>82</sup>. Otros afirman que la cláusula penal no puede ser indexada<sup>83</sup>. Para tomar partido debe precisarse si la cláusula penal busca simultáneamente proteger de la inflación, pues de lo contrario quedaría en desventaja con relación a la liquidación judicial respecto de la que el Juzgador toma en cuenta el momento de dictar el fallo.

La discusión de la corrección monetaria no debe ser óbice para sostener que debe guardar la debida proporcionalidad. De allí que se aluda a la posibilidad de cláusulas penales abusivas inclusive en perjuicio del acreedor que excluirían la validez de las mismas por aplicación de la regla de la reparación integral<sup>84</sup> y la proporcionalidad de las prestaciones. Así mismo se señala que no debe exceder en cuantía la obligación principal pues tiene por fin resarcir el valor total de la obligación incumplida pero no más<sup>85</sup>. Se admite en forma interesante que cuando se debilite su función indemnizatoria excepcionalmente bien podría consistir en una prestación de hacer

---

to; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 86 y ss., alude a "inmutabilidad relativa". Véase aludiendo a que es mutable porque su importe puede ser graduado en proporción al incumplimiento: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233.

<sup>79</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 567.

<sup>80</sup> Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 137-149; Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 575-577.

<sup>81</sup> URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, p. 141. Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y del Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 5-3-08, Exp. 07-3059, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/1322-5-07-3059-025.html> "...la cláusula penal se pactó para el caso de que hubiera incumplimiento por la parte compradora y siendo que la propia legislación venezolana prevé este tipo de cláusulas para los contratos, lo que significa que es lícita, se debe concluir que la misma es válida en el contrato de compra venta con garantía hipotecaria que aquí se busca ejecutar y que por tal razón no hay usura".

<sup>82</sup> AMCS9CMT, Sent. 4-2-98, J.R.G., T. 146, pp. 69 y 70, son dos cosas distintas la cláusula penal y la indemnización que debe el deudor moroso por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pudiendo coexistir ambas. Véase en el mismo sentido reseñando la jurisprudencia argentina: VININI, *ob. cit.*, pp. 236 y 237.

<sup>83</sup> AMCS9CMT, Sent. 12-3-99, J.R.G., T. 152, pp. 45 y 46, cuando las partes han estipulado en el contrato una cláusula penal y han limitado la posible responsabilidad por incumplimiento al pago de cierta suma, estas no pueden ser indexadas.

<sup>84</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 575.

<sup>85</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 233.

e inclusive de no hacer<sup>86</sup>. Siendo una figura de interpretación restrictiva o estricta<sup>87</sup>, aun cuando ha de interpretarse de buena fe<sup>88</sup>.

Finalmente, el CC prevé dos normas relativas a la pluralidad de sujetos vinculados por la obligación principal o por la pena<sup>89</sup>, en caso de divisibilidad de la obligación principal (1262<sup>90</sup> CC) o de indivisibilidad de la obligación principal (1261<sup>91</sup> CC). Las citadas disposiciones se refieren a la indivisibilidad o divisibilidad de la obligación principal pero no se plantea que la pena sea indivisible, en cuyo caso podrá ser íntegramente demandada a cualquiera de los deudores sin perjuicio del artículo 1256 del CC<sup>92</sup>. Ello debe ser pactado expresa y claramente dado el carácter restrictivo de la cláusula penal.

## 6. Las arras<sup>93</sup>

Se trata de uno más de los posibles mecanismos de refuerzo del crédito con que cuenta el acreedor<sup>94</sup>. Las arras denotan la idea de garantía, prenda o señal, cuyo origen parece remontarse a las costumbres de los mercaderes hebreos, cartagineses y fenicios<sup>95</sup>.

En efecto, se denomina arras o “señal” que viene a ser la entrega de una cantidad de dinero u otra cosa fungible con motivo de la celebración

<sup>86</sup> Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>87</sup> Véase: URDANETA FONTIVEROS, *La cláusula...*, pp. 40-42; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, pp. 21-24; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 56; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 218; FERREIROS, *ob. cit.*, p. 104, agrega que podría ser estipulable a favor del acreedor o de un tercero.

<sup>88</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>89</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 579-581.

<sup>90</sup> “Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal es divisible no se incurre en la pena sino por el heredero del deudor que contraviniera a la obligación, y sólo por la parte que le corresponde cumplir en la obligación principal, sin que pueda obrar contra los que la han cumplido. Esto no sucede cuando habiéndose establecido la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago, un coheredero ha impedido que la obligación se cumpla totalmente. En este caso puede exigirse de él la pena íntegra, o bien a los demás herederos la porción correspondiente, salvo a éstos la acción de regreso contra aquél por cuyo hecho se haya incurrido en la pena”.

<sup>91</sup> “Cuando la obligación principal contraída con cláusula penal sea indivisible, se incurre en la pena por contravención, de uno solo de los herederos del deudor; y puede demandársela, ya íntegramente al contraventor, ya a cada heredero por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquél por cuyo hecho se ha incurrido en la pena”.

<sup>92</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 581.

<sup>93</sup> Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1250 al 1268*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1988, pp. 271-263; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Las arras en la contratación*. Caracas, Academia de Ciencias Política y Sociales. Serie Discursos 3, 2010; KUMMEROW, Gert: *La función resarcitoria de las arras*. Caracas, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo, 1961; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 581-586; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 298-300; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 568 y 569; SANOJO, *ob. cit.*, p. 105; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 733; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 198-201; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 278-280; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 242-244; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 456-464; FERREIROS, *ob. cit.*, p. 110-112.

<sup>94</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 456.

<sup>95</sup> URDANETA FONTIVEROS, *Las arras...*, p. 43.



del contrato, a fin de asegurar su posición en el contrato. Precisa para su perfección de la entrega de dinero o la cosa y de allí su *carácter real*, por lo que no basta la promesa sino la efectividad.<sup>96</sup>

Su relación con la cláusula penal implica que se trata de una función indemnizatoria pero no idéntica, ya que la cláusula penal funciona por incumplimiento obligacional imputable al deudor, y las arras lo hacen indemnizatoriamente cuando algunas de las partes se arrepiente y disuelve la obligación, sin que haya caído en incumplimiento<sup>97</sup>. Aunque se diferencia en que las arras existen en beneficios de ambas partes en tanto que la cláusula penal solo en beneficio del acreedor. Las arras no surgen como obstáculo a los efectos del resarcimiento del daño mayor del acreedor: en cambio en la cláusula penal, su propia existencia limita la indemnización al importe de la pena<sup>98</sup>. Se indica que las arras funcionan como una suerte de pago por renunciar al contrato que garantizan pero que efectuado éste, bien puede el interesado acceder a demandar los daños y perjuicios<sup>99</sup>. No pueden estipularse a favor del que no es parte<sup>100</sup>.

Las arras se clasifican en confirmatorias o penales y penitenciales o de retracción<sup>101</sup>. Las arras pueden ser *confirmatorias* o penales (cumple una función de prenda), operan como prueba y señal de la existencia de un contrato, nada prejuzgan sobre la cuantía de la indemnización, son inoponentes salvo la función que cumplen de evidenciar obligación contraída<sup>102</sup>. En caso de incumplimiento por quien las entregó, éste las perderá y si el incumplidor es el que las recibe las devolverá dobladas.

Dispone el artículo 1263 CC: “*A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención. Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado*”. Se aprecia que se trata de una norma dispositiva por lo que las partes pudieran disponer otra distribución de la pena para el caso de contravención.

Pero las arras también pueden –menos comúnmente– ser *de arrepentimiento, desistimiento* o *penitenciales* (constituyen un medio de resolver el contrato)<sup>103</sup>. Estas últimas no reguladas en el CC pero aceptadas por aplicación de la autonomía de la voluntad, acontecen cuando una parte entrega a

<sup>96</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

<sup>97</sup> FERREIRÓS, *ob. cit.*, p. 111.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>99</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 585.

<sup>100</sup> DOMINICI, *ob. cit.*, p. 733.

<sup>101</sup> URDANETA FONTIVEROS, *Las arras...*, pp. 45-61; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 242.

<sup>102</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 172.

<sup>103</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 146; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 172 y 173.

otra dinero u otra cosa fungible para reservarse la posibilidad de separarse unilateralmente del contrato. Las arras penitenciales no cumplen como las confirmatorias una función de resarcimiento del daño. Sino que con la dación de ellas lo que se adquiere, es el derecho de separarse legítimamente del contrato. En el entendido de que si ejerce esa posibilidad, esa opción, pierde lo entregado a título de arras<sup>104</sup>.

Con base a lo indicado, entre los efectos de las arras de garantía se indica que constituyen indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento culposo, por lo que da derecho a la parte que no ha incumplido a retener su importe si es la que los ha recibido de exigir el doble de su valor si es la parte que las ha dado. La parte que reciba las arras está obligada a custodiarla. Si el contrato se ejecuta aunque sea con retraso, las arras se imputan al precio a menos que las partes dispusieren lo contrario<sup>105</sup>. Lagrange comenta que no ocurre o no es común en la práctica pactar arras por el mero retardo<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>105</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 569.

<sup>106</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

## TEMA 15

# Transmisión de las Obligaciones<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Noción 2. Evolución histórica 3. Clasificación 4. La cesión de créditos 5. La asunción, cesión o transmisión de deuda 6. Cesión del contrato 7. Cesión de bienes

### 1. Noción

El tema de la transmisión de las obligaciones estudia la continuidad de la obligación entre personas distintas a los sujetos primitivos<sup>2</sup>. Se asocia a la relación creada por el contrato entre los que lo celebraron inicialmente y otros sujetos que se sustituyan en tales: esto es, la posición inicialmente ocupada por las partes puede llegar a ser sustituida en otras personas<sup>3</sup>. Alude a transmisión de la obligación para referirse a la aptitud del vínculo obligatorio para pasar de un sujeto a otro sin alteración de su esencia<sup>4</sup>. La figura se asocia al cambio de sujetos que conforma la relación obligatoria. Puede ser *activa* o *pasiva* según se refiera al acreedor o al deudor. Puede ser por *acto entre vivos* o *mortis causa*, siendo esta última consecuencia de la sucesión hereditaria<sup>5</sup>. La “sucesión en los créditos” puede tener lugar por sucesión universal en caso del heredero o por vía de cesión de créditos bien sea por un negocio jurídico, por la ley o la autoridad judicial<sup>6</sup>.

### 2. Evolución histórica

En Roma la obligación en principio tenía un carácter personalísimo pero lentamente ello fue transformándose. La figura se presentaba así extraña en el Derecho Romano, esto es, la cesión o sucesión de la relación obligatoria a título particular, a excepción de la transmisión por causa de muerte. No quedaba otra vía que la novación, aunque el Derecho moderno tiende a ver la relación obligatoria de manera objetiva. La evolución no es aún definitiva pues si bien todas las legislaciones admiten la transmisión de créditos la

<sup>1</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 278-294; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 315-321; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 779-815; CALVO BACA, *ob. cit.*, p. 163; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 413-433; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 129-132; MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 301 y ss.; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 299-309; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: *La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho Navarro*, pp. 9-29, <http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero>; DORR ZEGERS, Juan Carlos: *De la cesión de deudas y contratos*. Revista Chilena de Derecho Vol. 16, 1989, pp. 13-25, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649628.pdf>; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, pp. 337-369.

<sup>2</sup> Algunos se refieren al punto a propósito de la “modificación de la obligación”, considerando la novación, la cesión de crédito, la asunción y delegación de deuda y la cesión de contrato: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 193 y ss.

<sup>3</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 483.

<sup>4</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>5</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 137.

<sup>6</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 452.

pasiva (cesión o asunción de deudas) es admitida parcialmente. La cesión de deudas<sup>7</sup> inclusive en Venezuela no ha podido separarse de la novación.

### 3. Clasificación

#### 3.1 Según la naturaleza de la causa

##### 3.1.1. *Transmisiones mortis causa o por acto entre vivos*

Sucesión *mortis causa*: se distingue a título universal (heredero) de la sucesión a título particular (legatario), aunque se aclara que éste más que sucesor es un causahabiente porque no sustituye necesariamente al causante a diferencia del heredero<sup>8</sup>. Pues causahabiente es todo aquél que recibe un derecho de otro cualquiera que sea el título<sup>9</sup> entre particulares (CC, arts. 1163<sup>10</sup>, 995, 110, 1112 y 1036) –a favor del Estado (CC, arts. 1060, 1065)–. La regla es que a la muerte de una persona se transmiten sus derechos patrimoniales a excepción de algunos<sup>11</sup>. Y si el heredero no aceptó la herencia a beneficio de inventario su patrimonio se confunde con el del causante y responde por las deudas de éste, amén de constituirse en acreedor de sus créditos.

La transmisión a título particular puede acontecer *mortis causa* en caso del legado, el cual tiene lugar necesariamente mediante el acto testamentario (puede existir legado de crédito, de liberación de deuda; no se puede legar propiamente una deuda salvo que se obtenga tal resultado como una suerte de carga como contraprestación u otro beneficio). La sucesión *mortis causa* es materia de Derecho Sucesorio<sup>12</sup>.

*Trasmisiones por acto entre vivos*: la sucesión a título particular por acto entre vivos nos coloca frente a las figuras relativas a la cesión de crédito desde la perspectiva del acreedor o la discutida figura de la asunción de deuda en la que se pretende la transmisibilidad del lado pasivo (deudor). Es un fenómeno universal la admisión de la cesión de créditos porque al deudor le debe ser indiferente a quién tiene por acreedor. Se incluye también, la cesión del contrato.

3.1.2. *Según la fuente, la transmisión puede ser legal o puede ser voluntaria*: la primera cuando la ley ante ciertas condiciones dispone que el

<sup>7</sup> Véase sobre ésta como “transmisión pasiva de las obligaciones”: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 809-815.

<sup>8</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Sucesorio*. Caracas, Edit. Texto, 2010, pp. 43-51.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 318.

<sup>10</sup> “Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato”.

<sup>11</sup> Tales como la renta vitalicia, la obligación de alimentos, la sociedad civil (1673 y 1676 CC), el mandato (1704, ord. 3 CC), contrato de trabajo. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Inicio y extinción. De la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 17, primera reimpresión, 2010, pp. 213-218.

<sup>12</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*

puesto de un contratante pase a ocuparlo otra persona; en tanto que existe la segunda cuando la cesión es producto de la voluntad de las partes<sup>13</sup>.

3.1.3. *Según que la transmisión comprenda un derecho de crédito o una obligación*, se alude a transmisiones **activas o pasivas**, según que la cesión opere con relación al acreedor o al deudor, respectivamente.

3.1.4. *Según la naturaleza de la persona o personas que suceden a los sujetos de la relación obligatoria*: transmisión a causahabientes universales o a título universal y a título particular (*mortis causa* es el legado y por acto entre vivos es *cesión de créditos*).

## 4. La cesión de créditos<sup>14</sup>

### 4.1. Noción

La cesión de créditos está regulada en los artículos 1549 al 1557 del Código Civil a propósito del contrato de venta o más precisamente de “compraventa”, aun cuando veremos de seguidas, que ésta es solo una de las formas en que pudiera manifestarse dicha figura.

Se trata de un negocio jurídico por el que se transmite de una persona a otra el derecho de crédito<sup>15</sup>. La figura de indiscutible utilidad práctica<sup>16</sup>, produce la modificación de la obligación por la sustitución de la persona del acreedor. La esencia del instituto es la sustitución del antiguo acreedor por el nuevo, sin novación de la relación obligatoria<sup>17</sup>. El carácter patrimonial del crédito y su posibilidad de circular son hechos indiscutidos<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 484.

<sup>14</sup> Véase: DE JESÚS, Alfredo: *La cesión de créditos*. Caracas, Tipografía principios, 2002; ANDUEZA A., Enrique: *De la cesión de créditos y otros derechos*. Caracas, Mata y Aguilera Editores Asociados, 1982; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 781-788; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 141-150; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 89-94; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 425-431; LASARTE, *Derecho...*, pp. 173-177; SÁNCHEZ CID, Ignacio: *Lecciones de Derecho Civil (parte general, obligaciones y contratos)*. España/Salamanca, Ratio Legis, 2012, pp. 259 y 260; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 301-303; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 478-485; MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho Civil II (conforme al Plan de Bologna)*. Madrid, edit. Dilex S.L, 2012, pp. 123-125; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 452-460; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 195-198; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 494-509; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 138-145; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 386-390; CASTILLO MAYORGA, Fernando Alfredo: *La cesión de crédito*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 415-434; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 329-334; REPRESA POLO, María Patricia: *Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio*. En: InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, mayo 2009, pp. 1-33. <http://www.indret.com>; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 233-246; Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 29-4-10, Exp. AH17-B-1998-000003, [http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../2122-29-AH17-B-1998-000003-P\]o](http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../2122-29-AH17-B-1998-000003-P]o); TSJ/TSC, Sent. N° 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BHO4-X-2010-000021, [http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BHO4-X-2010-000021-P\]4120100000](http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BHO4-X-2010-000021-P]4120100000)

<sup>15</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, lo que marca la diferencia sustancial con la novación.

<sup>16</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 781.

<sup>17</sup> O'CALLAGHAN MUNOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 478, no existiendo novación por cuanto no se extingue la obligación anterior creando una nueva sino que se mantiene la misma.

<sup>18</sup> CASTILLO MAYORGA, *ob. cit.*, pp. 415 y 416.

“En un sentido amplio supone un negocio jurídico en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un tercero. Tal transmisión puede tener lugar a título oneroso (venta o permuta), a título gratuito (donación) o a título de garantía. El nuevo acreedor sustituye al anterior acreedor en la respectiva relación obligatoria. La doctrina reseña que en un sentido restringido la cesión de créditos es el contrato en virtud del cual el cedente se obliga a transferir un crédito al cesionario; constituye una especie del género del contrato de venta en cuanto no existan reglas específicas en materia de cesión de créditos<sup>19</sup>; o una especie dentro del género cesión de derechos<sup>20</sup>. De allí se afirma que se trata de una modalidad de cesión de derechos consistente en la transmisión de un derecho de crédito de una persona a otra, no obstante la obligación sigue siendo la misma que era<sup>21</sup>.

La cesión de créditos implica así la transmisión del lado o aspecto activo de la relación obligatoria a través de cualquier modalidad de negocio jurídico (compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc.). De allí que se afirme que la cesión de un crédito independientemente de cuál sea el negocio jurídico del que trae causa supone la transferencia de la titularidad activa del crédito del acreedor actual (cedente) al nuevo acreedor (cesionario) y aunque estas son las partes en el negocio de cesión y, consecuentemente, sólo a ellas vincula el mismo, sin duda alguna éste afecta a terceros y especial o directamente al deudor de la obligación cedida; quien desde el momento de perfección de la cesión tiene un nuevo acreedor frente al que cumplir su deuda<sup>22</sup>.

Rige al efecto, la libertad de forma y ausencia de formalidades especiales al amparo del artículo 1549 del CC. Basta el mero consentimiento y la

<sup>19</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 32 (se cita a Aguilar Gorronzona); LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 195, la cesión de crédito es un negocio jurídico celebrado por el acreedor de una relación obligatoria (cedente) con una tercera persona extraña a dicha relación (cesionario) con la finalidad de producir la transferencia de la titularidad del crédito entre uno y otro; TSJ/TSC, Sent. N° 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BHO4-X-2010-000021, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BHO4-X-2010-000021-PJ4120100000>. La cesión de crédito constituye una especie dentro del género cesión de derechos, que en nuestro Código Civil se la concibe como una figura especial del contrato de venta (artículos 1.549 al 1.557); GHERSI, *ob. cit.*, p. 425, “La cesión de crédito es un contrato por medio del cual un acreedor le transmite a otro sujeto su calidad de tal en una relación obligacional”.

<sup>20</sup> Indica LAGRANGE (*Apuntes...*) que la cesión de crédito es una especie de la cesión de derechos, en la que el acreedor originario viene a ser sustituido por un nuevo acreedor. La palabra “cesión” más que el negocio jurídico del que se trate lo que designa es el resultado del mismo, pues la causa puede ser diversa (venta, permuta, donación, garantía, dación en pago, etc.); Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 2-11-05, Exp. BH13-L-2004-000208, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../2005/.../1401-2-BH13-L-2004-000208-HTML>; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BHO4-X-2010-000021, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BHO4-X-2010-000021-PJ4120100000> (citada supra).

<sup>21</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 141.

<sup>22</sup> REPRESA POLO, *ob. cit.*, p. 3.

tradicción se hace con la entrega del título del crédito<sup>23</sup>. Desde el punto de vista económico pueden cederse los créditos con el fin de convertir valores patrimoniales en dinero<sup>24</sup>. Es una figura que posee en la práctica variado interés a objeto de simplificar los negocios jurídicos, permitir la disponibilidad inmediata del crédito y evitar litigios<sup>25</sup>.

La transmisión de la posición de acreedor por acto *inter vivos* a título singular suele denominarse cesión del crédito. Generalmente el crédito se cede mediante negocio jurídico entre el primitivo acreedor (cedente) y un tercero (cesionario) que viene a ocupar su lugar, por cualquier modalidad de negocio jurídico<sup>26</sup>. Por lo que algunos refieren que no es un contrato sino que es un efecto jurídico que se puede conseguir por muchos contratos<sup>27</sup>. El acreedor sin ninguna injerencia o participación del deudor puede disponer libremente del crédito; puede transferir o trasladar a otra persona el elemento activo de la obligación<sup>28</sup>.

Se cita como casos especiales de cesión de crédito: la cesión de derechos hereditarios (CC, art. 1556<sup>29</sup>) y la cesión de derechos litigiosos<sup>30</sup> (CC, art. 1557<sup>31</sup>). Podría incluirse la cesión de crédito hipotecario<sup>32</sup> (CC, art. 1882) y la cesión

<sup>23</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 143.

<sup>24</sup> MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>25</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 497 y 498.

<sup>26</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 167.

<sup>27</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>28</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 302.

<sup>29</sup> “*Quien venda una herencia sin especificar los objetos de que se compone, no está obligado a garantizar sino su calidad de heredero. Si se había aprovechado ya de los frutos de algún fundo o cobrado algún crédito perteneciente a la herencia, o vendido algunos efectos de la misma, está obligado a reembolsarlos al comprador, a menos que se los haya reservado expresamente en la venta. El comprador, por su parte, debe reembolsar al vendedor lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y abonarle lo que éste le deba, cuando no haya estipulación en contrario*”. Véase “Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios”: SALAS, Acdeel E. *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 539-561; LAFONT PIANETTA, Pedro: *Derecho de Sucesiones*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 5<sup>a</sup> edic., 1989, pp. 205-223.

<sup>30</sup> Véase: MIRABAL RENDON, Iván A.: *La cesión de derechos litigiosos laborales enmarcada dentro del principio de irrenunciabilidad*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N<sup>o</sup> 127, 2007, pp. 161-188.

<sup>31</sup> “*La cesión que hiciera alguno de los litigantes de los derechos que ventila a quien no es parte de la causa, después del acto de la contestación al fondo de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario. Sin embargo, cuando se haga constar en los autos que la parte contraria acepta la cesión, surtirá ésta inmediatos efectos contra aquélla, y en sustitución del cedente, se hará el cesionario parte en la causa*”; Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 14-2-08, Exp. 1909-02, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2008/febrero/2124-14-1909-02.html>; Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-11-14, Exp. AP11-V-2014-000108, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../2125-7-AP11-V-2014-000108-HTML> Véase sobre la cesión de créditos litigiosos: ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pp. 132 y 133.

<sup>32</sup> Véase: GORRÍN FALCÓN, Guillermo: *La cesión del crédito garantizado con hipoteca*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N<sup>o</sup> 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 615-655; DE JESÚS, Alfredo: *La cesión de créditos*

del crédito asegurado con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 1972 (art. 15)<sup>33</sup>. Algunos incluyen la fusión de sociedades (arts. 343 y 346 del CCom.).

#### 4.2. Elementos de la cesión

4.2.1. *Subjetivos o personales*: personas que integran la cesión, son acreedor primitivo o cedente, el nuevo acreedor o cesionario y deudor o cedido. Vale recordar que se trata pues de un negocio transmisivo mediante el cual el acreedor y un tercero ajeno a la relación obligatoria convienen en que el adquirente pase a ocupar la posición del acreedor. Se llama *cedente* al acreedor originario, *cesionario* al tercero que adquiere el derecho y *cedido* al deudor<sup>34</sup>. “la cesión de crédito nace de un contrato entre el acreedor original (cedente) y el nuevo acreedor (cesionario), mediante el cual el cedente se obliga a transferir y garantizar al cesionario el crédito u otro derecho”<sup>35</sup>. El deudor cedido no interviene en la operación, con relación a la cual es un tercero<sup>36</sup>, aunque precisa ser notificado a los fines de que la misma surta efectos frente a él.

4.2.2. *Objetivo*: el elemento objeto de la cesión de créditos es evidentemente como su denominación lo indica “el crédito que se cede”<sup>37</sup> constituido por el derecho de crédito y la respectiva acción. Pueden ser cedidos todos los créditos menos los de carácter eminentemente personal, los que prohíba la ley y los que no puedan transmitirse por disposición expresa de las partes<sup>38</sup>. De allí que se afirme que el crédito debe ser “transmisible”<sup>39</sup>.

4.2.3. *Elementos formales*: dispone el artículo 1549 CC: “La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición. La tradición se hace con la entrega del título que justifica el crédito o derecho cedido”. Rige pues la regla de la consensualidad (CC, art. 1549) pero hay excepciones si

*hipotecarios y la regla del accesorio*. En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 133-157; DE JESÚS, Alfredo: *La cesión de créditos hipotecarios y la regla del accesorio en el Derecho Civil venezolano*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Terner. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 937-954.

<sup>33</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 146.

<sup>34</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 386.

<sup>35</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 00717 del 27-7-04; Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 16-4-10, Exp. BHO4-X-2010-00021, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../1067-16-BHO4-X-2010-00021-PJ4120100000>.

<sup>36</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 494.

<sup>37</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 480.

<sup>38</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, señala que el elemento real es el crédito. Todos los créditos en principio pueden ser cedidos salvo, aquellos de naturaleza estrictamente personal, los que la ley lo prohíbe como el de alimentos (CC, 296); aquellos en que se ha pactado incredibilidad. Si el acreedor en tal caso viola el pacto la cesión pudiera ser válida si el tercero adquirente desconocía ese pacto de incredibilidad.

<sup>39</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 387.



por ejemplo se pretende una donación (CC, art. 1439). En cuanto al efecto cabe considerar el artículo 1550 CC.

#### 4.3. *Efectos de la cesión*

4.3.1. *Entre las partes*: además del referido artículo 1549 CC, cabe citar las otras normas legales: La venta o cesión de un crédito comprende los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios o hipotecas (CC, art. 1552). Quien cede un crédito u otro derecho responde de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que se haya cedido como dudoso o sin garantía (CC, art. 1553). El cedente no responde de la solvencia del deudor, sino cuando lo ha prometido expresamente, y sólo hasta el monto del precio que se le haya dado por el crédito cedido (CC, art. 1554). Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor y nada se ha convenido sobre la duración de esta responsabilidad, se presume haberla limitado a un año, a contar desde la época de la cesión del crédito, si el plazo de éste estaba ya vencido. Si el crédito es pagadero en un término que aún no está vencido, el año correrá desde el vencimiento. Si el crédito es de una renta perpetua, la responsabilidad de solvencia se extinguirá por el lapso de diez años, a partir de la fecha de la cesión (CC, art. 1555).

4.3.2. *Frente a terceros*: el cesionario no tiene derecho contra terceros sino después que la cesión se ha notificado al deudor, o que éste la ha aceptado (CC, art. 1550). El deudor queda válidamente libre si paga al cedente antes que por éste o por el cesionario se le haya notificado la cesión<sup>40</sup>. Se exceptúan los documentos que llevan la aceptación explícita o implícita del deudor (CC, art. 1551)<sup>41</sup>. El deudor debe tener conocimiento de la cesión de crédito, pero más que un requisito es una carga que tiene el nuevo acreedor. Pues el deudor no puede considerarse vinculado a este último sino desde que tiene conocimiento de la cesión<sup>42</sup>. 3. Frente al deudor: queda obligado igual que anteriormente y puede oponer las mismas excepciones.

#### 4.4. *Clases de cesión de créditos*<sup>43</sup>

Se puede distinguir la cesión *contractual* o convencional que es la cesión por excelencia y la que se entiende referir cuando se alude a “cesión” a secas; por oposición a la cesión *legal*, como es el caso del deudor solidario que paga y puede dirigirse contra sus codeudores (CC, art. 1238), la que tiene lugar por subrogación legal (CC, art. 1300) y la cesión *judicial* que acontece mediante la adjudicación de un crédito en remate judicial por providencia del Juez.

<sup>40</sup> Véase: REPRESA POLO, *ob. cit.*, pp. 5 y 6, “Resulta, pues, incuestionable que la cesión es un negocio bilateral entre cedente y cesionario que no exige que en ningún momento intervenga el deudor”. Se encuentra generalizado en los ordenamientos reconocer eficacia liberatoria al pago hecho por deudor al acreedor inicial mientras no tenga conocimiento de la cesión. Ello no debe conducir a pensar que nos hallamos ante un presupuesto de eficacia de la cesión frente al deudor sino que constituye una medida de protección del deudor de buena fe”.

<sup>41</sup> Véase también: CC, Arts. 1337, 1162.

<sup>42</sup> Véase: O’CALLAGHAN MUNOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 481.

<sup>43</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 141.

## 5. La asunción, cesión o transmisión de deuda<sup>44</sup>

### 5.1. *Noción*

Se alude a sucesión en las deudas y en las relaciones obligatorias en general<sup>45</sup>. La cesión de deuda es el homólogo de la cesión de crédito; sobre el terreno de la lógica nada parece oponerse a su reconocimiento por el Derecho, pero muchas razones militan contra este negocio jurídico<sup>46</sup>. La asunción de deuda o sucesión en la deuda supone la transmisión de la obligación desde el lado pasivo; es la sustitución de la persona del deudor por otra con respecto a la relación obligatoria sin extinción de ésta<sup>47</sup>. Si bien para algunos constituye un “hecho real de la vida jurídica” cada día de mayor frecuencia<sup>48</sup>, que pudiera calificarse como un negocio jurídico de especie contractual<sup>49</sup>.

### 5.2. *Problemática*

El cambio de deudor ha planteado mayores problemas que el cambio de acreedor en orden a su admisibilidad<sup>50</sup> y se comprende fácilmente que se tropiece con mayores dificultades<sup>51</sup>. Al acreedor no le resulta objetivamente indiferente quien sea su deudor, pues está de por medio no solo las eventuales condiciones morales sino su solvencia patrimonial. Pues la principal garantía del acreedor es el patrimonio del deudor. Por lo que la intervención del acreedor en la figura de la asunción de deuda es distinta a la del deudor ante el cambio de acreedor<sup>52</sup>. Hemos dicho que la cesión de un crédito no ofrece mayores dificultades, pero no sucede lo mismo con la transmisión de la deuda, por tratarse de transferir el elemento pasivo lo cual tiene particular importancia para el acreedor, razón por la cual no podrá efectuarse sin el consentimiento de éste. Se trata de un principio elemental cuya comprensión no ofrece dificultades. Pues por ejemplo ¿Qué sucedería si el deudor buscare transferir su deuda a una persona insolvente?<sup>53</sup> Hay dos sistemas antagónicos, el CC alemán que la admite la sustitución del

---

<sup>44</sup> Véase: *ibid.*, pp. 151-155; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 809-815; GÁLVEZ CRIADO, Antonio: *La asunción de deuda en el Derecho Civil español*. España, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003, p. 17, <http://atarazanas.sci.uma.es/docs/tesisuma/16276462.pdf>; ÁLVAREZ JOVEN, Arturo: *El aspecto contractual de la asunción de deuda*. En: Anuario de Derecho, Universidad de Extremadura, pp. 291-326, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813980.pdf>; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 345-350; Lasarte, *ob. cit.*, pp. 181-185, la denomina “transmisión de deuda”.

<sup>45</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, p. 475.

<sup>46</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 520 y 521, una razón técnica pues la consideración de la persona del deudor es esencial no solo a nivel personal sino patrimonial.

<sup>47</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 486.

<sup>48</sup> ÁLVAREZ JOVEN, *ob. cit.*, p. 291.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>50</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 199.

<sup>51</sup> OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 145.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>53</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 304.

deudor por un tercero<sup>54</sup> y el CC francés que no la admite sino a través de la novación pasiva.

### 5.3. Situación en el Código Civil

El CC venezolano no la regula y solo reconoce como figura próxima la novación por cambio de deudor. Posiblemente no es pacíficamente aceptada porque una deuda está íntimamente asociada con la persona del deudor (honradez, solvencia patrimonial, seriedad, inteligencia) por lo que interesa al acreedor. No es posible aceptarla en Venezuela por convención sin la aceptación del acreedor en cuyo caso la situación encuadra en una novación subjetiva por cambio de deudor. Puede haber un equivalente en la delegación perfecta o en las cesiones de universalidades. No es indiferente al acreedor qué persona ocupa la posición de deudor, pues las cualidades que éste reúna son fundamentales. Aunque la transmisión de la deuda puede tener lugar por novación o por delegación<sup>55</sup>. En efecto, indica Ochoa que no existe cesión de deuda sin el concurso necesario del acreedor. Puede ser por novación (nace una nueva obligación) y por delegación imperfecta que deja subsistir la deuda antigua en el agregado de un nuevo deudor<sup>56</sup>. Porque las modificaciones del lado pasivo de la obligación son extraordinariamente más complejas que la correlativa del crédito. Además, la sustitución de un deudor por otro no incumbe solamente a ambos, sino fundamentalmente al acreedor<sup>57</sup>.

La cuestión básica que se plantea en orden a la admisibilidad de la asunción de deuda, es si cabe como modificación o transmisión sin extinguir la relación obligatoria, es decir sin el mecanismo de la novación: se apunta a su admisión con el consentimiento del acreedor<sup>58</sup>. En la doctrina española se afirma que la asunción de deudas es una institución que no está regulada de forma expresa en el Código Civil, de lo que se dudó por mucho tiempo de su admisibilidad, pero que se puede inferir su existencia de la norma que admite la modificación de la obligación sustituyendo la persona del deudor<sup>59</sup>, lo cual en el caso venezolano vendría dado por la novación pasiva por cambio de deudor.

Bernad Mainar trata la figura en estudio<sup>60</sup>, indicando que la controversia sobre la admisión de la asunción de deuda ha sido agria y polémica<sup>61</sup>. Para su rechazo se alega que el cambio de acreedor no altera el contenido económico de la obligación, en tanto que el cambio de deudor solo puede lograrse

<sup>54</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, pp. 475-483. En el Derecho alemán la figura encuentra cada vez mayor arraigo (*ibid.*, p. 476).

<sup>55</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 173; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 101 y 102.

<sup>56</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 810.

<sup>57</sup> LASARTE, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>58</sup> O'CALLAGHAN MUNOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 487.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, p. 262.

<sup>60</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 151-155.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 151.

por vía de novación. Pero, frente a esa tesis se esgrimen otros que tratan de desvirtuar su aparente solidez; la deuda también puede representar un valor computable al igual que el crédito aunque sea de orden negativo, pues al acreedor le es igual recibir el cumplimiento de la prestación de un deudor que de otro. Sin embargo, el Derecho venezolano está adscrito a la tesis abiertamente negativa del Código Francés por lo que la doctrina y la jurisprudencia tradicional se han opuesto a su consideración como figura autónoma distinta a la novación por cambio de deudor<sup>62</sup>.

No obstante, Bernad Mainar admite la figura de la asunción de deuda, toda vez que puede existir un interés en que la obligación asumida por el tercero sea la misma obligación primitiva y que ello sea producto de la autonomía de la voluntad, por lo cual no existe razón para transformar este acuerdo en una novación no querida por las partes si ello no contraría el orden público<sup>63</sup>. En tal caso, no existirían para el autor elementos formales especiales, sino que habrá de observarse las formalidades que requiera el contrato que le sirva de causa para alcanzar la finalidad económica social perseguida con la asunción de deuda<sup>64</sup>. Siendo así, el deudor primitivo queda liberado totalmente; el acreedor cuenta a su favor con todas las garantías del crédito salvo las personales y el nuevo deudor podrá oponerles las mismas excepciones del deudor anterior; las relaciones entre el deudor primitivo y el nuevo se rigen por las mismas relaciones que le sirve de causa<sup>65</sup>.

Por su parte indica Lagrange que si bien se acepta pacíficamente la cesión de créditos, del lado pasivo las cosas son diferentes, pues no todas las personas son igualmente solventes ni cumplidoras. De allí que se note una resistencia de las legislaciones derivadas del modelo del CC francés de admitir la sucesión de la deuda. Código que al igual que el venezolano no menciona la figura. Sin embargo, existen Códigos que expresamente admiten la figura de la asunción de deuda: El CC alemán de 1900 y otros inspirados en éste: el CC polaco de las obligaciones de 1934, el CC suizo, el CC griego y el CC para el Distrito Federal de México. En Venezuela, tradicionalmente se había interpretado que ese silencio deliberado debe entenderse por el rechazo a la figura pero sin embargo se está abriendo camino lentamente a la tesis opuesta que acepta la asunción de deuda como aspecto de la tesis favorable se dice que el que calla (CC) ni afirma ni niega. El hecho de que el CC no la regule no significa que la rechace pues se trata de una materia de intereses privados.

Ahora bien, el problema estaría en admitir si resulta indiferente un cambio de deudor como acontece con el acreedor. Si ese es el *quid* del asunto, se podría admitir que una persona pudiera sustituir a otra como deudor,

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 152 y 153.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 154 y 155.

*siempre y cuando el acreedor consiente en ello*. Lo cual no afecta norma de orden público alguno. Se tendría que contar igualmente con los otorgantes de las garantías originales, y se podría realizar mediante contrato pero para que el contrato sea eficaz frente al deudor es necesario que el acepte la sustitución. El nuevo deudor podrá hacer valer frente a éste las mismas excepciones salvo las personalísimas. Una sentencia de casación del 25 de octubre de 1954 declaró que en Venezuela no puede tener lugar la asunción de deuda porque el CC no la regula. Pero la doctrina aunque escasa ha evolucionado hacia su admisión. Se suele denominar aunque la expresión es menos preferible “cesión de deuda”<sup>66</sup>. Mélich refiere que el acreedor no puede rechazar pago de un tercero<sup>67</sup> pero ello no explica la figura en comentarios, que supone la cesión de la condición de deudor previa al pago. En España se acepta la figura de la asunción de deuda como contrato atípico aunque no está regulado con la “aceptación y consentimiento del acreedor”<sup>68</sup>, lo cual no genera problema desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad<sup>69</sup>.

Realmente la falta de regulación de la figura no sería óbice para la admisión de una suerte de “cesión de deuda” así como sucede con la institución de la dación en pago, la cual es producto de la autonomía de la voluntad no obstante la omisión del legislador. Obviamente que si por aplicación de la autonomía de la voluntad el acreedor acepta que el deudor ceda su deuda<sup>70</sup> la figura encuentra aplicación aunque cabe dudar de su autonomía dada su proximidad con la novación por cambio de deudor.

Pero el asunto básico está en preguntarse si podría existir cesión de deuda sin autorización del acreedor y la respuesta ha de ser negativa; la cesión de créditos no precisa de autorización o consentimiento del deudor sino de su notificación por expresa disposición de ley, pero, a falta de regulación expresa de la figura de la cesión de deuda, la analogía no podrá tener lugar por las normas especialísimas de la cesión de crédito, dadas las diferencias apuntadas por razón de su naturaleza entre la condición de acreedor y deudor. Quien pretenda que da lo mismo quien sea su deudor, habría que preguntarle cómo justificaría sin su autorización siendo acreedor el traspaso inconsulto de su acreencia a un deudor insolvente. Y al no ser posible la cesión de deuda sin la aquiescencia del acreedor la figura se destiñe en una suerte de discusión teórica que no logra desligarse del todo de la figura de la novación subjetiva pasiva.

---

<sup>66</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>67</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 57.

<sup>68</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 395.

<sup>69</sup> Véase igualmente respecto del Derecho chileno: DORR ZEGERS, *ob. cit.*, p. 8, a menos que estuviera expresamente prohibida por el Código Civil chileno que de hecho no lo está, es una materia que no cae en el campo del orden público, sino que por el contrario se ubica en el campo de la libertad contractual.

<sup>70</sup> Véase: ÁLVAREZ JOVEN, *ob. cit.*, p. 309, es requisito indispensable el consentimiento del acreedor.

## 6. Cesión del contrato<sup>71</sup>

### 6.1. Noción

Si bien la cesión de crédito supone una relación obligatoria típica donde está claramente perfilado el sujeto activo, a saber, el acreedor, y de allí que su traspaso se denomine cesión del “crédito” como proyección del aspecto o elemento “subjetivo” titular del derecho; por otra parte, la asunción o cesión de deuda supone la transmisión del lado pasivo de la relación obligatoria. Sabemos que existen relaciones jurídicas recíprocas o situaciones jurídicas, en las que no es posible distinguir claramente un sujeto activo y un sujeto pasivo porque entre ambos sujetos contratantes median deberes y derechos. Precisamente si una de las partes “cediera” –con autorización de la otra– su posición cargada de derechos y deberes, estaríamos en presencia de la denominada “cesión de contrato”. Algunos la denominan “venta del contrato”<sup>72</sup>. Pero valdría la misma acotación hecha para la cesión de créditos, esto es, puede acontecer por múltiples modalidades de negocio jurídico.

El objeto de la cesión son las relaciones jurídicas derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas<sup>73</sup>, esto es que se trate de un contrato bilateral<sup>74</sup>,

<sup>71</sup> Véase: RODNER, James Otis: *La transferencia del contrato (Inidroit, Art. 9)*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Estudios 108, 2014; RODNER, James Otis: *Cesión del contrato y los principios de Unidroit*. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 169-242; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La cesión del contrato en el Derecho venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela N° 36, 1967; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La cesión del contrato*, pp. 85-189, <http://www.boe.es>; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio Mantilla: *La cesión del contrato*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 435-454; AGUILERA SILVÁN, Fernando-José: *La cesión del contrato en la doctrina civil*. Octubre 2010, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45.../201010-8979516584528285.html>; CHAMORRO KEIM, Consuelo: *Cesión de contrato: doctrina y recepción en el Código Civil Chileno*. Universidad de Chile, 2006, [http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-chamorro\\_c/pdfAmont/de-chamorro\\_c.pdf](http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-chamorro_c/pdfAmont/de-chamorro_c.pdf); DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *La cesión de posición contractual*, pp. 39-74, <http://revistas.pucp.edu.pe>; SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo: *La cesión del contrato en Colombia: una aproximación desde el Derecho Comparado*. En: RAI Revista Análisis Internacional N° 2, 2010, pp. 79-101, <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/18/25>; DÍAZ GUEVARA, Juan José: *La cesión de posición contractual en las contrataciones estatales*. Derecho y cambio Social. [http://www.derechocambiosocial.com/.../cesion\\_de\\_posicion\\_contractual\\_en\\_...](http://www.derechocambiosocial.com/.../cesion_de_posicion_contractual_en_...); RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 321 y 322; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 187-208; LASARTE, *ob. cit.*, p. 185; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1029-1034; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 488-490; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y OTROS, *ob. cit.*, pp. 470-475; PUIG I FERRIOL y OTROS, *ob. cit.*, pp. 663 y 664; CARRER, *ob. cit.*, pp. 349-361; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 333 y 334.

<sup>72</sup> Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 321 y 322, indica que no está prevista expresamente en la legislación pero nada se opone a ella, en el sentido de sustituir a una de las partes en el contrato.

<sup>73</sup> CHAMORRO KEIM, *ob. cit.*, p. 1.

<sup>74</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 92, cuyas prestaciones aún no se hayan ejecutado por completo. El fundamento de este requisito se halla en la necesidad de que cada parte sea deudora y acreedora a la vez, posibilidad que la ofrecen las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas que no estén cumplidas en su totalidad por ninguna de las partes.

en principio<sup>75</sup>. Supone una modificación subjetiva del contrato<sup>76</sup>. Se trata pues de un contrato que tiene por objeto la cesión o transferencia de la posición jurídica de que se trate.

Vista pues la transmisión del lado activo y del lado pasivo de la relación obligatoria, debe darse una idea de la cesión del contrato, cuando la deuda que se asume y el crédito que se cede son de obligaciones procedentes del contrato. “La función típica de la cesión del contrato consiste en la transmisión negocial a título particular de una posición contractual”<sup>77</sup>.

“Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión del contrato se traspasa la calidad íntegra del contratante”<sup>78</sup>. Esto es, más que cesión del contrato, lo que se transmite es la posición de parte contractual. Por lo que debería denominarse más propiamente “cesión de posición contractual”<sup>79</sup>. Se trata de un instituto que se perfila con autonomía propia y por tal se diferencia de otras figuras afines, tales como la cesión de crédito, la delegación pasiva, la novación subjetiva, la subrogación convencional, el subcontrato, la estipulación a favor de tercero y el contrato de persona por nombrar<sup>80</sup>. Más precisamente se diferencia de la cláusula “por sí o por persona que se designará”<sup>81</sup>.

De tal suerte, que la figura de la cesión o transferencia del contrato es un mecanismo producto de la autonomía de la voluntad, que permite preservar la relación contractual, porque logra la sustitución total, tanto en su aspecto pasivo como activo de una de las partes. Vale insistir que se precisa la autorización de la parte que permanece en la relación contractual. Esta última autorización es la que diferencia la institución objeto de análisis de la cesión o transferencia impropia que simplemente se presentará a lo sumo como una suerte de mezcla entre cesión de créditos y delegación pasiva. Visto que el contrato bilateral suele ser un compendio de deberes y derechos para ambas partes, la cesión o transferencia de contrato permite el traspaso de la posición de una de las partes, para que opere la sustitución por un

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 93. Si bien en un sentido técnico la cesión de contratos se reserva para negocios bilaterales, y supone la salida total del contratante cedente del vínculo, es posible dada la elasticidad de la figura y ante la ausencia de prohibición expresa una eventual extensión a determinadas posiciones contractuales.

<sup>76</sup> CHAMORRO KEIM, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>77</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 201; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, pp. 410 y 411.

<sup>78</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 1029.

<sup>79</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, *ob. cit.*, p. 45. Véase igualmente: O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 488 y 489, la terminología de “cesión de contrato” admitida en la doctrina con origen italiano, pero convendría precisar que se trata de una “cesión de los efectos contractuales” de una de las partes; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 201 y 202.

<sup>80</sup> Véase: RODNER, *La transferencia...*, pp. 85-117.

<sup>81</sup> Véase: CECCHINI ROSELL, *ob. cit.*, pp. 256-258, la cláusula se produce por la exclusiva voluntad de una parte y se prevé en el propio contrato.

tercero. Ello mantiene la continuidad de la vida del contrato aunque una parte sea sustituida por otra.

### 6.2. *Procedencia*

La cesión de contratos, al igual que la cesión de créditos es un negocio de enajenación y puede adoptar la forma de una compraventa, una donación u otro acto de transmisión que le sirva de base o causa. De esta forma en dependencia del ropaje que adopte la cesión se le pueden incorporar nuevos requisitos típicos del contrato que le sirva de soporte<sup>82</sup>. El efecto característico de la cesión de contratos es la subrogación del cesionario en la posición contractual del cedente, de manera que le sustituye en todas las relaciones pendientes, que no tengan carácter personalísimo: en cuanto a las excepciones, tanto el cesionario como el cedido pueden emplear cada uno frente al otro, las excepciones derivadas del contrato cedido que no sean personalísimas<sup>83</sup>.

La cesión de contrato, es una figura jurídica que no se halla expresamente regulada en el Código Civil venezolano –a diferencia de otros ordenamientos<sup>84</sup>– pero que es admitida sin reparos por la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia<sup>85</sup>. Por lo que la doctrina admite la figura no obstante carencia de regulación<sup>86</sup>, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Refiere Lagrange que la figura es el fruto de una elaboración de la doctrina moderna. Sirve para hacer posible la circulación del contrato en su totalidad. Si bien la ley no la regula “no puede desconocerse que hay una necesidad práctica de la figura”<sup>87</sup>. Seguramente obtuvo su consagración espontánea en la práctica mercantil antes de su discusión teórica<sup>88</sup>. Consiste en producir la sustitución de una parte del contrato por alguien que hasta ese momento ha sido un tercero extraño al mismo. No hay cambio objetivo de la relación contractual sino variación subjetiva. Precisa un contrato bilateral; cada parte es al mismo tiempo acreedora y deudora. Refiere Lagrange que así como no hay argumentos jurídicos para oponerse a la cesión de deuda no hay para oponerse a la cesión del contrato (a lo que cabría agregar que igualmente que siempre que se obtenga la autorización de la parte que subsiste en el contrato).

---

<sup>82</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 87.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 474.

<sup>84</sup> Véase: RODNER, *La transferencia...*, pp. 61-68, cita entre los países que reconocen expresamente la figura: Italia, Portugal, Colombia, Perú, Senegal, Holanda, Bolivia.

<sup>85</sup> AGUILERA SILVÁN, *ob. cit.*

<sup>86</sup> Véase: SERRANO ALONSO, Eduardo y Eduardo SERRANO GÓMEZ: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. T. II, Vol 1, Teoría General del Contrato. Madrid, Edisofer, 2008, pp. 116 y 117.

<sup>87</sup> LARENZ, *ob. cit.*, p. 487; MANTILLA ESPINOZA, *La cesión del contrato...*, la utilidad económica de este mecanismo es innegable.

<sup>88</sup> CRISTÓBAL MONTES, *La cesión...*, p. 856.



### 6.3. Partes

Se indica que para la doctrina dominante la cesión del contrato constituye un negocio jurídico trilateral en tanto que para otros es bilateral<sup>89</sup>. Cuando en una relación contractual la posición de una de las partes (acreedor o deudor) o de ambas pasa a ocuparla otra u otras personas, permaneciendo idéntica la relación en su dimensión objetiva, se dice que hay *cesión de contrato*. *Intervienen tres partes: el cedente* (originario contratante que sale de la relación contractual); *el cesionario* que se coloca en la posición del cedente; y *el cedido* que permanece en la misma relación contractual<sup>90</sup>.

### 6.4. Requisitos

Se precisa que se trate de contratos con prestaciones pendientes de ejecución<sup>91</sup>, que se trate de contratos bilaterales (relaciones jurídicas recíprocas) y que el contratante cedido acceda o consienta en la cesión, y conlleva la liberación del cedente, aunque cabe el pacto en contrario en caso de que el cesionario incumpla<sup>92</sup>. Rodner a propósito de esto último comenta que la cesión *propia* precisa la necesidad de tal consentimiento del cedido pues de lo contrario lo que mediará sería una cesión impropia pues no se presenta como una cesión de contrato, que por no contar con tal consentimiento se reconducirá por una cesión de créditos y una delegación<sup>93</sup>. Y así por ejemplo la figura ha sido considerada respecto al contrato bilateral de arrendamiento<sup>94</sup>.

Se diferencia del *subcontrato* en virtud del cual el contratista o subcontratista encarga a otro de la actividad que se le ha encomendado<sup>95</sup>.

### 6.5. Efectos<sup>96</sup>

Los “efectos de la cesión del contrato”, entre las partes que lo integran, respecto de sus posibles combinaciones:

<sup>89</sup> *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 411.

<sup>90</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 176; AGUILERA SILVÁN, *ob. cit.*, “la cesión de contrato implica que se da una situación triangular, de tal forma que existirá la figura de cedente, cesionario y contratante cedido”; DE LA PUENTE y LAVALLE, *ob. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>91</sup> RODNER, *Cesión...*, p. 216.

<sup>92</sup> LASARTE, *ob. cit.*, p. 185.

<sup>93</sup> RODNER, *Cesión...*, pp. 172-176, refiere que la figura es común en el tráfico jurídico contemporáneo, en contratos de larga duración como es el caso de suministro y franquicia; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 333, si bien los derechos pueden enajenarse sin el consentimiento del deudor, las deudas no puede transmitirse sin la autorización del acreedor.

<sup>94</sup> Véase: Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-7-11, Exp. s/n en la web, <http://caracas.tsj.gob.ve/.../2011/.../2153-17-AP31-V-2009-004072-HTML>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 25-5-11, Exp. 30.532, <http://monagas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MAYO/1697-25-30.532-HTML>.

<sup>95</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 104. Véase: SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 117, el subcontrato tiene lugar cuando una de las partes hace entrar un tercero mediante un nuevo contrato; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 486 y 487; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 664 y 665, también denominado “contrato derivado”.

<sup>96</sup> Véase: RODNER, *La Transferencia...*, pp. 149-181; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 205 y 206.

\**Entre cedente y cedido*: el cedente se libera frente al cedido y pierde los derechos del contrato cedido, se aprecian efectos hacia el futuro o *ex nunc*, la liberación es automática salvo que se disponga lo contrario.

\**Entre cesionario y cedido*: igualmente se producen efectos *ex nunc* o hacia el futuro, el cesionario toma el contrato a la fecha de la cesión, se transfiere el derecho a oponer defensas y excepciones salvo que sean personalísimas.

\**Entre cedente y cesionario*: se garantiza la existencia del contrato y no la solvencia del contratante, obligación del pago del precio, reembolso de los pasivos pagados por el cedente.<sup>97</sup>

Se ha referido la transferencia de la cláusula arbitral contenida en la respectiva cesión de contratos. Por lo que la cláusula arbitral sigue vinculando a las partes<sup>98</sup>.

### 6.6. Ventajas

Se indica que la figura permite la circulación del contrato<sup>99</sup>, manteniendo su vida útil al margen de los sujetos. Es común en los contratos de suministro, franquicia, distribución, concesión y agencia<sup>100</sup>. Se propone a falta de la autonomía de la voluntad su regulación por vía de analogía con la cesión de crédito y la delegación<sup>101</sup>, así como con relación a sus efectos<sup>102</sup>. Liberándose por tal al sujeto que sale de la obligación<sup>103</sup>.

## 7. Cesión de bienes<sup>104</sup>

Se trata de una figura con antecedentes romanos. La *cessio bonorum* tenía por finalidad evitar que el deudor de buena fe, imposibilitado de cumplir con sus obligaciones, se viera privado de libertad, por lo que podía con aprobación de pretor ceder o abandonar sus bienes a favor de sus acreedores. Se

<sup>97</sup> RODNER, *La Transferencia...*, pp. 149-170.

<sup>98</sup> Véase: *ibid.*, pp. 177-181; CAIVANO, Roque J.: *La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene*". En: Revista de Derecho Privado, 2012, edición especial, pp. 3-53, [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/.../dtr2.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/.../dtr2.pdf); CAIVANO, Roque J.: *El principio de la separabilidad del convenio arbitral y la cesión del contrato que lo contiene*. <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/12/Separabilidad-y-cesi%C3%B3n-Lex-Arbitri.pdf> "la cláusula arbitral... se transmite en caso de cesión".

<sup>99</sup> CRISTÓBAL MONTES, *La cesión...*, p. 857.

<sup>100</sup> RODNER, *Cesión...*, p. 177.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp. 185 y 186.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 220. Véase sobre los efectos: RODNER, *La transferencia...*, pp. 149-181.

<sup>103</sup> RODNER, *Cesión...*, p. 228.

<sup>104</sup> Véase: LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: *La cesión de bienes a los acreedores*. España-Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003; ARCE GARGOLLO, Javier: *La facultad especial de cesión de bienes en los poderes generales para pleitos y cobranzas*, pp. 3-16, [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/.../dtr1.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/.../dtr1.pdf); MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Pago por cesión de bienes en el nuevo Código Civil de Paraguay*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpagoporcesiondebienesparaguay>; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 133-135; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 121-123; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 22-7-05, Exp. 05-2445-C.B, <http://barinas.tsj.gob.ve/decisiones/2005/julio/799-22-05-2445-C.B.-.html> "se ordena la admisión de la solicitud de cesión de bienes intentada".

trata de un negocio jurídico *pro solvendo* sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden sus bienes<sup>105</sup>. En ella, el deudor se limita a transferir al acreedor o acreedores la posesión y administración de sus bienes para que estos los liquiden y con el precio obtener el pago de sus créditos<sup>106</sup>.

Históricamente la cesión de bienes tenía por finalidad evitar la prisión por deudas y la infamia del deudor fallido. Los pactos del deudor con sus acreedores tienen también su razón en evitar procedimientos particulares o universales de ejecución<sup>107</sup>. Nuestra legislación sustantiva y adjetiva contiene referencias a la figura<sup>108</sup>. No precisa ser a favor de todos los acreedores, sino solamente de algunos, ya que puede resultar difícil obtener la adhesión de la totalidad. Esta es, quizá, una de las ventajas de la cesión de bienes, que satisface a los acreedores que tienen más urgencia en cobrar, sin provocar los gastos que acarrearía una ejecución forzada del patrimonio, por vía del concurso o quiebra<sup>109</sup>. La figura algunos la estudian en el ámbito de las obligaciones, amén que puede constituirse en una forma de transmitir los créditos por vía judicial.

---

<sup>105</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 114.

<sup>106</sup> LASARTE, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>107</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 115.

<sup>108</sup> Véase CPC, arts. 789 al 806, art. 165, num. 3. Véase del concurso necesario arts. 807 al 812. Véase: CC, arts. 1934 al 1949, art. 1704, num. 3, 1813, num. 3. Véase del beneficio de competencia, arts. 1950 y 1951.

<sup>109</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *Pago por cesión...* El Código guatemalteco, que concede a las personas individuales el beneficio de la extinción total de sus deudas, aunque el valor de los bienes entregados no alcance para satisfacerlas, o lo dispuesto por la ley chilena de quiebras, que establece un plazo de prescripción más breve (cinco años), contados a partir de la cesión "con el objeto de estimular al deudor para que siga trabajando sin temor de que sus esfuerzos solamente beneficien a sus acreedores.

## TEMA 16

### Acciones Protectoras del Crédito<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. La protección del crédito 2. Acción oblicua 3. Acción pauliana  
4. Acción de simulación

#### 1. La protección del crédito

Dentro del ejercicio del derecho de crédito se ubican varios medios para ejercer o proteger el derecho de crédito<sup>2</sup>. Esto es, “la defensa del Derecho de Obligaciones”, tiene que ver con las distintas posibilidades con que el derecho subjetivo de crédito asegura su eficacia en la vida diaria<sup>3</sup>. Existe una verdadera crisis de cooperación que padecen las sociedades modernas y que impone a los hombres dedicados al estudio del Derecho la tarea de encontrar los medios legales necesarios para asegurar la correcta y eficaz protección del crédito<sup>4</sup>. Para defender al acreedor no basta construir toda una estructura legal que otorgue una serie de posibilidades de actuación compulsiva contra los deudores renuentes. También se precisan normas procesales que habiliten un mecanismo dotado de celeridad<sup>5</sup>.

El patrimonio del deudor es la garantía del acreedor (CC, arts. 1863 y 1864) y éste cuenta con diversos mecanismos para hacer efectivo su derecho. Se distinguen tres (3) categorías de acciones o medidas ejecutorias o ejecutivas (ejecución forzosa por equivalente<sup>6</sup>); medidas precautorias o cautelares<sup>7</sup> (embargo, secuestro<sup>8</sup>, prohibición de enajenar y gravar, medidas innominadas<sup>9</sup>) y acciones conservatorias como las que veremos de seguidas, a saber, oblicua o subrogatoria, pauliana o de fraude y finalmente la acción de simulación. Tales acciones se fundamentan en la garantía patrimonial que otorga a los acreedores el derecho de satisfacer sus créditos con todos los bienes habidos y por haber<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Véase: PALMERO, Juan Carlos: *Tutela jurídica del crédito*. Buenos Aires, Astrea, 1975; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 203-229; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 189-191; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 99-109.

<sup>2</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 86 y 87; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 227, se denomina medidas conservativas del patrimonio del deudor aquellas que tienden a mantener íntegro el patrimonio de éste; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 155, el ordenamiento jurídico le concede al acreedor un conjunto de facultades para la protección de su interés.

<sup>3</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 11; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 225, el derecho de crédito está amparado en general por unas medidas de protección que tienden a procurar la consecución de la obligación que tiene derecho a obtener.

<sup>4</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 14.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>6</sup> Manifestación de la tutela judicial efectiva que presenta rango constitucional.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 136-149.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 116-123.

<sup>9</sup> Véase sobre medidas preventivas judiciales y extrajudiciales en protección del crédito: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 119 y ss.

<sup>10</sup> Véase respecto a la oblicua y a la subrogatoria: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pp. 131 y 134.

Se distingue así dentro de la tutela judicial del crédito todas las posibilidades, facultades y medios de coerción que posee un acreedor para conseguir que se le procure la prestación, esto es, el bien debido. Distinguiéndose así la tutela interna de la tutela externa. Dentro de la primera algunos ubican la tutela “preventiva” relativa a medidas anteriores al vencimiento del término para asegurar la certeza del crédito y la integridad del patrimonio; y la tutela “represiva” exteriorizada fundamentalmente en la ejecución forzosa en forma específica y la ejecución forzada en forma genérica<sup>11</sup>.

Entre la tutela preventiva o cautelar se ubica por ejemplo la acción subrogatoria y la separación de patrimonios<sup>12</sup>. En el ámbito del Derecho Sucesorio se aprecia también una institución que se ubica dentro del marco general de la tutela creditoria: los acreedores hereditarios pueden oponerse a la partición<sup>13</sup> hasta que se les pague o afiance (CC, artículo 1.081<sup>14</sup>). Cabe citar también el artículo 766 del CC<sup>15</sup>, así como el derecho de retención<sup>16</sup>. Algunas son las acciones, que tienden para algunos, a la preservación del crédito tales como la caducidad del término<sup>17</sup> por disminución de las garantías e inclusive el registro de la acción para interrumpir la prescripción. En todo caso, el acreedor debe mantener una actitud expectante y de supervisión, ya que de la solvencia del deudor depende la posibilidad de ver satisfecho su interés<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 18; LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 155, entre los medios de defensa preventiva figuran la acción pauliana, el vencimiento anticipado de la obligación y las medidas judiciales preventivas o de aseguramiento.

<sup>12</sup> PALMERO, *ob. cit.*, pp. 74 y 75, 123-130. Véase sobre la separación de patrimonios: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 140-147.

<sup>13</sup> Véase sobre tal derecho: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, T. II, pp. 232-241. Véase también sobre el derecho de los acreedores a hacer revocar y declarar simulación de la partición, así como de ejercer los derechos del copartícipe deudor: *ibid.*, pp. 241-245.

<sup>14</sup> “Los acreedores hereditarios podrán oponerse a que se lleve a efecto toda partición de la herencia, hasta que se les pague o afiance”.

<sup>15</sup> “Los acreedores de un comunero pueden oponerse a que se proceda a la división sin su intervención, y pueden intervenir a su costa; pero no pueden impugnar una división consumada, excepto en caso de fraude o de que dicha división se haya efectuado a pesar de formal oposición, y salvo siempre a ellos el ejercicio de los derechos de su deudor”.

<sup>16</sup> PALMERO, *ob. cit.*, pp. 132-136; BONNECASE, *ob. cit.*, p. 694; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 290-297, no concede más atributo que la tenencia de la cosa; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 228-230; LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P.: *Derecho de retención*. Buenos Aires, Astrea, 1991. Véase sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Caracas, UCAB, 2007, p. 198, se discute si es un derecho real, derecho de crédito, derecho *sui generis* o excepción; BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*, Caracas, s/e, 1980, pp. 51-68, concluye que es un derecho real, ya que en él se dan los dos elementos necesarios para calificarlo como tal, el poder directo sobre una cosa y la oponibilidad a terceros; HERNÁNDEZ, Santiago: *El Contrato de Anticresis y el Derecho de Retención en el Derecho Venezolano*. Caracas, Mobilibros, 2008, pp. 230-244, debe ser enmarcada como derecho personal “ya que en su práctica jamás hay remate judicial ni mucho menos pago preferencial derivado del producto obtenido en subasta”.

<sup>17</sup> PALMERO, *ob. cit.*, pp. 97-102.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 88.

Entre la tutela de actuación se ubican aquellos medios que se encaminan al cumplimiento forzoso de la prestación<sup>19</sup>. Entre las medidas reforzadoras del crédito se ubica la cláusula penal<sup>20</sup>, las arras<sup>21</sup>, la excepción de incumplimiento<sup>22</sup>, la ejecución compulsiva<sup>23</sup> a través de la ejecución directa<sup>24</sup> y la ejecución forzada<sup>25</sup>. Se incluye también en la protección del crédito la figura de los “privilegios”<sup>26</sup> y las “garantías” (personales como la fianza o reales como la hipoteca, la prenda o la anticresis)<sup>27</sup>.

La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica o patrimonio del deudor. De allí que el interés de los acreedores queda tutelado o protegido a través de la concesión de las facultades necesarias para impedir o evitar la insolvencia<sup>28</sup>.

## 2. Acción oblicua<sup>29</sup>

### 2.1. Origen y noción

También denominada acción “*subrogatoria*”, pues permite al acreedor sustituirse al deudor inerte o descuidado en el ejercicio de sus acciones de contenido patrimonial. La desidia e inacción del deudor es pues, presupuesto necesario en la acción oblicua o subrogatoria, en virtud de la cual el acreedor podrá hacer valer las acciones del deudor cuando éste se muestre indiferente ante el ejercicio efectivo de las mismas.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 154-160; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 226, además de las medidas de ley, las partes pueden convenir ciertos medios que tienden a proteger el crédito, como es el caso de la pena convencional.

<sup>21</sup> PALMERO, *ob. cit.*, pp. 167-170.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 171 y 172.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 173 y 174.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 174-187.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 187-198.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 213, basados en un sistema de graduación del crédito (*ibid.*, p. 214).

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 219-223.

<sup>28</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 156.

<sup>29</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 205-213; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 171-178; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 813-834; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 239-246; ZAMBRANO, *ob. cit.*, pp. 427-432; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 464-471; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 764-771; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 113-115; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 139-143; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 455-465; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 191-202; PALMERO, *ob. cit.*, p. 102-113; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 211-213; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 680-690; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 189-196; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 493 y 494; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 104-106; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 240-254; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 162 y 163; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 128 y 129; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 222-228; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 286-290; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, pp. 451 y 452; SIRVENT GARCÍA, Jorge: *La acción subrogatoria*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado. Colección Monografías 23, 1997; GÓMEZ CALERO, Juan: *La acción subrogatoria*. Sevilla, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Tesis doctoral, 1958, <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/674/la-accion-subrogatoria-tesis-doctoral/>; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique: *La acción subrogatoria*. En: Revista Chilena de Derecho N<sup>o</sup> 14, N<sup>o</sup> 2-3, 1987, pp. 335-394, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649551>.

Dentro de la tutela cautelar o preventiva del crédito se ubica la acción subrogatoria, que permite a los acreedores remediar la desidia, negligencia o abandono del deudor a fin de procurar el ingreso a su patrimonio de los bienes que integran la garantía genérica<sup>30</sup>. El origen de la acción oblicua es oscuro. Parece tener su antecedente en Roma<sup>31</sup>, en que existía un procedimiento colectivo de quiebra civil, la *venditio bonorum*; en el antiguo Derecho francés para reemplazar la protección que resultaba de un procedimiento colectivo, se autorizó a los acreedores a intentar en nombre de su deudor, las acciones que éste descuidaba entablar<sup>32</sup>.

La pasividad del deudor puede ser la causa de que el acreedor no pueda satisfacer en todo o en parte su derecho de crédito<sup>33</sup>. Cuando el deudor por negligencia se muestra inactivo perjudica a su acreedor y se justifica la acción en comentarios. Se denomina también acción subrogatoria<sup>34</sup> o acción indirecta<sup>35</sup>. Se trata de una medida de protección del derecho de crédito que permite a los acreedores actuar frente a las omisiones del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones, concediéndoles el poder de sustituirse en el ejercicio de éstos<sup>36</sup>. Se fundamenta en el principio consagrado en norma relativo a que el deudor responde con sus bienes habidos y por haber<sup>37</sup>. Tiene una naturaleza meramente conservativa y no ejecutoria.

Consagrada en el artículo 1278: “*Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor*”.

Según refiere la última parte de la norma están excluidos de la acción los derechos personalísimos, tales como las acciones extrapatrimoniales o de estado civil, las acciones patrimoniales de carácter moral como la revocación de una donación o la acción por daño moral<sup>38</sup>. “El acreedor legitimado para

<sup>30</sup> PALMERO, *ob. cit.*, pp. 102 y 103.

<sup>31</sup> Véase: ALCALDE RODRIGUEZ, *ob. cit.*, p. 348, en que aparece revestida de caracteres poco definidos y sujeta a las mutaciones del orden procesal.

<sup>32</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 240; LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>33</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 231.

<sup>34</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 107, por medio de esta acción el acreedor se coloca en el lugar de su deudor y ejecuta sus derechos; GHERSI, *ob. cit.*, p. 385, el Código Civil le otorga facultad al acreedor para remediar su inmovilismo o desidia respecto del ingreso de bienes a su patrimonio; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 231-233; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 346-348; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Acción subrogatoria*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-4, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>35</sup> Véase: ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 228, se fundamenta en el principio de responsabilidad patrimonial universal pues pretende evitar el perjuicio derivado de la conducta omisiva del deudor que dejaría sin valor alguno lo dispuesto en dicho principio; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 239, llamada también indirecta o subrogatoria.

<sup>36</sup> SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>37</sup> GÓMEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>38</sup> Véase también: MOISSET DE ESPANÉS, *Acción subrogatoria...*, p. 1, *todos*, salvo que se trate de derechos inherentes a la persona del deudor remiso, caso en el cual no podrá suplantárselo por vía de la acción subrogatoria.

accionar la oblicua puede ejercer todas las acciones que tenga su deudor contra los deudores de éste, siempre que se cumplan los requisitos que han sido perfilados por la doctrina y no se trate de “... *derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor...*” (parte final del artículo 1.278 del Código Civil)<sup>39</sup>. Ciertamente, están excluidas las obligaciones naturales por no ser verdaderas obligaciones y estar sustraídas del principio de la responsabilidad patrimonial universal<sup>40</sup>.

La puede ejercer el acreedor respecto de aquellos derechos de los que el deudor es titular, así como las acciones tuteladas. No procede respecto de aquellas que no han entrado a su patrimonio o que sean simples facultades. La acción permite al acreedor dirigirse al deudor de su deudor ante la inercia de éste. Sin embargo, para Palacios Herrera la figura no se constituye propiamente en una acción sino en una facultad del acreedor<sup>41</sup>.

Para algunos constituye una suerte de “legitimación legal extraordinaria” porque el acreedor ejercita en nombre propio un derecho ajeno<sup>42</sup>. De allí que entre las explicaciones procesales se ubican la tesis de la representación, sustitución procesal del deudor<sup>43</sup>, aunque modernamente se apunta más a la legitimación ordinaria<sup>44</sup>. La inercia del deudor debe ser cierta y perjudicial para el acreedor<sup>45</sup>, siendo irrelevante su grado de culpa en la omisión<sup>46</sup>. El sentido básico de la acción oblicua se apoya en la idea de sustitución: el acreedor no actúa en representación del deudor sino en nombre propio, pero sin embargo en el ejercicio de un derecho que no es de él, sino de su deudor.

La idea que soporta la acción se apoya respecto del acreedor en que los deudores del deudor son a su vez sus deudores. Representa esta norma la máxima romana *debitor debitoris est debitor meus*, el deudor de mi deudor es deudor mío. Para explicitar mejor la institución la doctrina suele llamar a la acción oblicua, acción subrogatoria, ya que, vgr. yo acreedor ejercito determinada acción que tiene mi deudor en contra de su deudor (deudor de mi deudor) para que el patrimonio de aquel se engrose, y una vez que se logre esto, pueda yo accionar de manera directa contra dicho patrimonio que se ha visto mejorado o incrementado gracias a la intervención subrogatoria (acción oblicua). Ejerce así el acreedor un derecho ajeno (el de su

---

<sup>39</sup> Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html>.

<sup>40</sup> SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>41</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 309.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 232.

<sup>43</sup> Véase: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 87-96.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 79.



deudor) en interés propio (engrosar el patrimonio de su deudor para luego atacarlo) y en contra de un tercero (deudor de su deudor).<sup>47</sup>

La figura presenta escasa incidencia práctica porque no le garantiza el pago al acreedor<sup>48</sup>, pues éste no se aprovecha de ella directamente sino que lo obtenido entra al patrimonio del deudor<sup>49</sup>.

## 2.2. *Derechos y acciones ejercitables por vía de la acción oblicua*<sup>50</sup>

2.2.1. *Excepciones*: solo los derechos de los cuales es titular el deudor pueden ser ejercidos por el acreedor. Esto es, por la acción oblicua el acreedor puede ejercer los derechos y acciones del deudor salvo aquellos personalísimos. Así por ejemplo, el acreedor podrá ejercer una deuda vencida del deudor o una acción reivindicatoria de un inmueble. Debe tratarse de derechos preexistentes en el patrimonio del deudor. Mas no puede el acreedor pretender sustituirse en la administración del deudor; y pretender enajenar o arrendar inmuebles del acreedor o pretender publicar un libro que es obra del deudor. De lo que se trata simplemente es de ejercer ante la negligencia del deudor, acciones o derechos que éste descuida ejercer.

Entre las excepciones a la acción oblicua por tratarse de acciones personalísimas se ubican: las acciones extrapatrimoniales como las acciones de estado, como la de divorcio, de separación de cuerpos, acciones filiatorias como inquisición de la paternidad. También cabe incluir las acciones patrimoniales que presentan un interés predominantemente moral como la indemnización por daño moral, la revocación de la donación por ingratitud o la acción de separación de bienes entre cónyuges.

2.2.2. *En cuanto a la herencia*: El artículo 1017 CC: “Cuando alguien renuncia una herencia en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en nombre y lugar de su deudor. En este caso, la renuncia se anula, no en favor del heredero que la ha renunciado, sino sólo en provecho de sus acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos.”

Nos hemos pronunciado sobre dicha norma<sup>51</sup>: “La situación que ya establecía el antiguo Derecho Francés<sup>52</sup> y que admiten la generalidad de los códigos<sup>53</sup>, lo que a decir de la doctrina no los convierte en herederos pues sólo

<sup>47</sup> Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html>.

<sup>48</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 465.

<sup>49</sup> DOMINICI, *ob. cit.*, p. 767.

<sup>50</sup> Véase: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 465-267.

<sup>51</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 100-102.

<sup>52</sup> GUAGLIANONE, Aquiles Horacio: *El heredero renunciante y su acreedor*. Monografías Jurídicas 102. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 7.

<sup>53</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en perjuicio de su deudor*. En: Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1969, Vol. IV, p. 227.

pueden satisfacer hasta concurrencia de sus créditos<sup>54</sup>. De modo pues que el legislador permite al acreedor para que se haga autorizar por el tribunal, a fin de aceptar la herencia en nombre de su deudor y hasta concurrencia de su crédito, siendo requisito indispensable, según textualmente lo expresa la norma, que exista un acreedor<sup>55</sup>. La aceptación de los acreedores tampoco convierte al repudiante en heredero, pues dicha situación es la que la ley ha querido evitar, que sólo la voluntad del llamado podría provocar<sup>56</sup>. Realmente no se trata de que los acreedores acepten en nombre del repudiante, sino que tienen facultad de, sin borrar la repudiación, que le excluye de la herencia, poder cobrarse, hasta donde sea posible, sus créditos a cargo de lo que hubiese correspondido en la sucesión<sup>57</sup>. Se aclara que los créditos que se protegen son los anteriores a la repudiación<sup>58</sup>, pues naciendo después, los acreedores no pueden decirse perjudicados por ella<sup>59</sup>. Una vez que los acreedores hacen efectivo su derecho sobre la masa herencial precluye su injerencia en la sucesión<sup>60</sup>.

La doctrina discute si tal posibilidad se acerca a una acción subrogatoria o más bien a una acción pauliana<sup>61</sup>, considerando algunos que se acerca más a esta última, a pesar de las diferencias<sup>62</sup>. En la doctrina argentina, Guaglianone la considera un ejemplo clásico de la acción de subrogación, aunque hace excepción a las condiciones ordinarias de ejercicio de ésta y presenta efectos singularmente propios<sup>63</sup>. Otros, acertadamente ven la situación como una acción *sui generis*, por cuanto no se precisa prueba de intención de fraude ni revoca la repudiación<sup>64</sup>. De allí que señalara Cristóbal Montes al comentar la doctrina venezolana que “hoy día los poderes jurídicos no precisan de una nominación propia y singular para que sean susceptibles

<sup>54</sup> SOJO BIANCO, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Caracas, Edit. Mobil Libros, 1990, p. 256.

<sup>55</sup> Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 29-9-05, Exp. 15.770 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/723-29-15.770.html>.

<sup>56</sup> LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>57</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>60</sup> SUÁREZ FRANCO, *ob. cit.*, pp. 80 y 81.

<sup>61</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *Naturaleza ...*, p. 273, el autor reseñaba para 1969 que en Venezuela casi puede decirse que el punto está doctrinariamente virgen en lo relativo a la naturaleza jurídica de la acción. Véase *ibid.*, pp. 273 y 274, comenta que Sanojo, Dominici y sucintamente Sansó lo han considerado.

<sup>62</sup> Véase: SANSÓ, Benito: *La repudiación de la herencia en el Derecho Venezolano*. En: Revista de la Facultad de Derecho N° 34. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, pp. 150-155; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, T. II, p. 141, “Por nuestra parte, tomando muy en cuenta la evolución histórica de la regla en comentario, creemos que se trata, en esencia, de forma peculiar de la acción pauliana, que incluye ciertos elementos de la acción oblicua”.

<sup>63</sup> GUAGLIANONE, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>64</sup> Véase: ROCA FERRER y otros, *ob. cit.*, p. 490, citan a Lacruz Berdejo.

de operar los particulares efectos que el ordenamiento les reconoce<sup>65</sup>. Se trata de una medida conservatoria del patrimonio, que aunque tenga por finalidad inmediata que reingrese un bien al patrimonio del deudor, prepara las posibilidades de ejecución del acreedor<sup>66</sup>. Refiere acertadamente Lagrange que no se trata de un caso propiamente de acción oblicua toda vez que no se trata de un derecho que esté en el patrimonio del deudor<sup>67</sup>.

### 2.3. Condiciones o requisitos<sup>68</sup>

2.3.1. *Respecto al deudor*: Se citan entre los requisitos con relación al deudor.

- a. La *inacción o inercia* del deudor: la acción supone un deudor descuidado e inactivo en el ejercicio de sus acciones y derechos.
- b. La *insolvencia* del deudor<sup>69</sup>: la solvencia del deudor, a saber, una óptima situación patrimonial, prohíbe al acreedor el ejercicio de las acciones protectoras de éste<sup>70</sup>.
- c. No se precisa mora<sup>71</sup>.
- d. No tiene carácter subsidiario<sup>72</sup>.

2.3.2. *Respecto del acreedor*.

- a. *Interés del acreedor* (debe ser un acreedor quirografario o privilegiado<sup>73</sup> cuya garantía sea insuficiente pues si es privilegiado e hipotecario con garantía suficiente carece de interés). De allí que algunos agreguen que la inactividad o pasividad precisa generar un daño al acreedor<sup>74</sup>.

<sup>65</sup> CRISTÓBAL MONTES, *Naturaleza ...*, p. 275, critica a Sansó al indicar que la acción no puede calificarse de subrogatoria para luego afirmar resueltamente que se trata de una simple manifestación del remedio pauliano.

<sup>66</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 249.

<sup>67</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>68</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 467-470; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 210-212; BERNAD MAINAT, *ob. cit.*, T. I, pp. 241-244; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 175 y 176; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html>; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 245-249; PALMERO, *ob. cit.*, pp. 111-113.

<sup>69</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 241, precisa insolvencia o inclusive de peligro; MELICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 827 y 829; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html>.

<sup>70</sup> Sin embargo, se aclara que no es necesario que el crédito tenga un valor igual o superior al crédito del deudor que se trata de ejercer.

<sup>71</sup> SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 83, la tesis de la no necesidad de la mora ha triunfado fundamentalmente en Francia.

<sup>72</sup> Se discute su carácter subsidiario: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 65-74. Señala el autor que en la doctrina extranjera existe acuerdo en que no, pero en el derecho español sí tiene carácter subsidiario.

<sup>73</sup> Véase: YOMHA, Carlos Gabriel: *Tratado de las obligaciones negociables*. Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 158 y 159, el principio de igualdad de los acreedores rige para aquellos que no tengan un privilegio, esto es un derecho dado por la ley para ser pagado con preferencia de otro acreedor.

<sup>74</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 112.

### b. El crédito de ser *cierto*<sup>75</sup>, *exigible*<sup>76</sup> y *líquido*<sup>77</sup>.

No importa la fecha con relación al crédito del tercero<sup>78</sup>. El crédito puede ser inferior al derecho ejercido<sup>79</sup>. Se agrega que se precisa un juicio en que se cite al deudor, y no se prevé la autorización para su ejercicio<sup>80</sup> como en el caso del artículo 1017 CC relativo a la renuncia de la herencia.

#### 2.4. *Efectos*<sup>81</sup>

Recordemos que el acreedor ejerce un derecho del deudor, por lo que *el tercero podrá oponer todas las acciones que tenía contra el deudor*, a su vez el deudor podrá transigir con el tercero contra la voluntad del acreedor.

Se podrá obtener una sentencia superior al monto del crédito por lo que *podrá favorecer a los demás acreedores*, los cuales concurren con preferencias de sus respectivos créditos de ser el caso. Por ello en la realidad es poco utilizada la acción<sup>82</sup> y se prefiere el embargo de créditos. Se afirma que las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten en el patrimonio del deudor, sin que el acreedor perciba de modo directo el incremento patrimonial derivado de la acción o derecho ajeno. Por ello, para ver satisfecho su crédito debe exigir el pago al deudor<sup>83</sup>. Es conveniente la citación al juicio del deudor<sup>84</sup>

<sup>75</sup> Cierto es aquel crédito cuya existencia es segura; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 469, para el autor la certeza del crédito es la única condición que puede ser impuesta, dado el silencio de la ley.

<sup>76</sup> Sobre este último también ha de tenerse en cuenta el artículo 1215 del CC que estudiamos a propósito del término, relativo a la caducidad de éste. La expresión “exigible” se opone generalmente a “crédito a término” porque no se ha vencido el plazo a los fines de que el acreedor haga valer el crédito. Sobre la exigibilidad del crédito: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 211; RODRIGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 176; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 242; SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 34-44. Véase en sentido contrario: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 825; PALMERO, *ob. cit.*, p. 111; Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 4-10-07, Exp. 8867 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/2121-4-8867-.html>; “esta instancia jurisdiccional se suma a la corriente que considera que no es necesario que el crédito sea líquido y exigible, bastando que sea cierto”, al ser la acción oblicua de carácter conservativo.

<sup>77</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 211 y 212. Líquido es el crédito cuyo monto se encuentra determinado o fácilmente determinable mediante una simple operación aritmética.

<sup>78</sup> Véase: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 33, la doctrina francesa e italiana considera irrelevante la fecha del crédito para el ejercicio de la acción, pues la conducta omisiva del deudor perjudica a los acreedores al margen de tal fecha.

<sup>79</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 246 y 247.

<sup>80</sup> Véase: PALMERO, *ob. cit.*, p. 112, la doctrina ha desechado unánimemente la necesidad de que la subrogación precise pedir permiso al Juez para entablar la acción.

<sup>81</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 250-252; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 471.

<sup>82</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 252, “la acción oblicua no presenta apenas utilidad práctica”.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 233.

<sup>84</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 113.

### 3. Acción pauliana<sup>85</sup>

#### 3.1. Noción y evolución<sup>86</sup>

La acción pauliana o revocatoria, conjuntamente con la acción subrogatoria y con la acción simulatoria se ubican dentro de los medios o acciones que protegen al acreedor en función de la conservación de la garantía patrimonial de su deudor y pueda ver satisfecho su crédito<sup>87</sup>. Es pues, un instrumento de control crediticio sobre la actividad *lato sensu* dispositiva del deudor<sup>88</sup>.

Cuando un deudor deshonesto trata de sustraer los bienes de sus acreedores, puede proceder de dos maneras: por acto aparente o simulado o por acto real en fraude de sus acreedores. Ésta última opción es la que pretende atacar la acción pauliana que nos corresponde estudiar, en tanto que la primera nos ubica frente a la acción de simulación.

<sup>85</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, José: *El fraude a los acreedores y la acción pauliana*. En: *Temas de derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección de Libros Homenaje, N° 14, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, pp. 829-871; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La vía pauliana*. Madrid, Tecnos, 1997; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 214-229; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 179-186; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 875-905; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 308-316; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 246-259; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 472-485; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 202-208; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 145-150; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 467-488; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 771-784; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 115-119; ZAMBRANO, *ob. cit.*, pp. 433-446; JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*. Granada, Comares, 2001; PALMERO, *ob. cit.*, pp. 198-207; ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pp. 131-134; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 214 y 215; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 692-703; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 165-187; SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, p. 156; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 494-496; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 106-108; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 255-279; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 157-159; RIVERO, FRANCISCO: *España: La acción pauliana en el Derecho Español*. En: *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana*. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 43-71; CHAZAL, Jean-Pascal: *Francia: La acción pauliana en el Derecho francés*. En: *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana*. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 73-94; STEVENS, Robert y LIONEL SMITH: *Reino Unido: La acción pauliana en el Derecho Inglés*. En: *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana*. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, pp. 95-111; ROJAS ASCÓN, Juan Miguel: *Naturaleza jurídica y requisitos de la acción pauliana en el Código Civil de 1984*. En: *Revista Jurídica Thomson Reuters Año II, N 54*, 13 de enero de 2014, pp. 1-12; ROCA MENDOZA, Oreste Gherson: *Consideraciones jurídicas sobre la denominada acción pauliana. Nuevas perspectivas bajo un análisis dogmático-funcional*. Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Tesis para optar al título profesional de abogado, 2011, Asesor Juan Espinoza, [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1602/1/roca\\_mo.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1602/1/roca_mo.pdf); OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 129-134; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 230-251; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, pp. 452 y 463; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 233-238; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 348-355; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 271-280; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, pp. 185-211 ("La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo).

<sup>86</sup> Véase sobre la evolución: MÉLICH ORSINI, *El fraude...*, pp. 830-852.

<sup>87</sup> Véase: Juzgado de Los Municipios Ezequiel Zamora y Andrés Eloy Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-04, Exp. 102-2002, <http://barinas.tsj.gob.ve/decisiones/2004/julio/824-23-102-2002.html> "La acción Revocatoria (llamada también pauliana), al igual que las otras acciones de protección del crédito implica que el deudor ha violado el deber de mantener la integridad de su patrimonio. Implica que el deudor se halla en estado de insolvencia o en inminente peligro de llegar a él. Pero la acción Revocatoria, a diferencia de la acción oblicua, no implica decidia, negligencia o inercia por parte del deudor, casi siempre ha sido generada dolosamente, por actos que le son propios. De esta manera los acreedores tienen un arma para atacar (revocar) los actos dolosos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos..." (Destacado nuestro).

<sup>88</sup> ROJAS ASCÓN, *ob. cit.*, p. 2.

Así como la negligencia del deudor puede ser perjudicial para el acreedor también la acción fraudulenta de aquel<sup>89</sup>. Por la acción pauliana el acreedor puede hacer desaparecer los actos fraudulentos hechos en su perjuicio. Tiene su origen en Roma<sup>90</sup>, inventada por el Pretor *Paulus*<sup>91</sup>. Se denomina también acción “revocatoria”<sup>92</sup>. De la misma manera que resulta un tanto insólito que ante la inactividad del deudor puedan sus acreedores proceder a cobrar lo que se le debe; resulta también un tanto sorprendente que realizado un acto dispositivo por ese mismo deudor, puedan los acreedores impugnar dicho acto al objeto de reintegrar al patrimonio los bienes huidos, y así poder realizar sus créditos<sup>93</sup>.

La acción se le concede al acreedor para protegerlo contra el fraude de su deudor que disminuye su patrimonio<sup>94</sup> pues la falta de honradez o el fraude son mucho más temibles que su inacción<sup>95</sup>. La acción revocatoria no es sino el medio legal capaz de evitar los efectos nocivos del fraude del deudor. La ilicitud viene dada porque éste realiza actos jurídicos de disposición que conciernen a su patrimonio, disminuyendo así su garantía genérica, al punto de que el acreedor se encuentra ante la imposibilidad de lograr el cobro de su crédito<sup>96</sup>.

Entre sus caracteres como acabamos de indicar se ubica que es conservativa, se ejerce en nombre propio (es personal), requiere fraude, el acto debe ser real. Se intenta al igual que la acción de simulación contra el deudor y el tercero en un *litis consorcio* necesario<sup>97</sup>.

Se discute la naturaleza de la acción: si es de nulidad porque extingue el acto, de responsabilidad civil o mixta<sup>98</sup>. Para algunos constituye una acción de responsabilidad civil basada en el cuasidelito. Para otros simplemente con ella, el acreedor logra que el acto no le sea oponible. Pero aclaran los Mazeaud que “la acción pauliana no es ni una acción de nulidad ni una

---

<sup>89</sup> Véase: JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, p. 3, mientras que la acción subrogatoria es un medio de protección o defensa frente a la inercia del deudor, pasividad u omisión, por dejar de ejercitar una facultad o derecho propio. En cambio, la acción revocatoria es un remedio contra actos o conductas positivas del deudor por medio de los cuales éste se empobrece su activo patrimonial.

<sup>90</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 308 y 309; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 472.

<sup>91</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 176. Véase en el mismo sentido: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 259; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 272; ROJAS ASCÓN, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>92</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 101; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 233; GHERSI, *ob. cit.*, p. 375 o también denominada “acción de fraude”.

<sup>93</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *La vía...*, p. 43.

<sup>94</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 255.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>96</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 199.

<sup>97</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 902. Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. N° 6024, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/DECISIONES/2007/.../1430-1-6024-.HTML>.

<sup>98</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 309 y 310.

acción de responsabilidad civil. Es una acción de inoponibilidad<sup>99</sup>. Pues tiende a la declaración de ineficacia que tiene valor sólo frente al acreedor que ejercita la acción, único sujeto que puede obtener ventaja de ello<sup>100</sup>. La acción revocatoria representa en los hechos una acción de inoponibilidad y una condena. A pesar de todo, se halla en esas zonas grises del Derecho Civil con dificultades de encuadramiento con la apelación a fórmulas que importan el reconocimiento de imprecisiones técnico-jurídicas, que la ubican en instituciones *sui generis* o ambivalente<sup>101</sup>. La sanción del negocio es la revocación de los actos de disposición, en la medida necesaria para eliminar el perjuicio ocasionado al crédito del acreedor<sup>102</sup>.

Los actos que pueden atacarse son: “actos jurídicos” por lo que se excluye hecho ilícito. Actos susceptibles de empobrecer al deudor, aunque no todos.

Dispone el artículo 1279 CC: *“Los acreedores pueden atacar en su propio nombre los actos que el deudor haya ejecutado en fraude de sus derechos. Se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título gratuito del deudor insolvente al tiempo de dichos actos, o que ha llegado a serlo por consecuencia de ellos. También se consideran ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores los actos a título oneroso del deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivo para conocerla. El acreedor quirografario que recibiere del deudor insolvente el pago de una deuda aún no vencida, quedará obligado a restituir a la masa lo que recibió. Presúmese fraudulentas de los derechos de los demás acreedores, las garantías de deudas aún no vencidas que el deudor insolvente hubiere dado a uno o más de los acreedores. La acción de que trata este artículo dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticia del acto que da origen a la acción, y la revocatoria no aprovecha sino a los acreedores anteriores a dicho acto, que la hayan demandado”*.

Dispone el art. 1280 CC *“Dicha acción no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que se presente como causahabiente de un acreedor anterior. En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por revocación. Si los terceros han procedido de mala fe, quedan no sólo sujetos a la acción de revocación, sino también a la de daños y perjuicios”*.

### 3.2. Actos impugnables

Los actos de disposición sujetos a la acción pauliana son entonces básicamente actos de enajenación y actos de renuncia. También entran en la

<sup>99</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 257, 271-273.

<sup>100</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>101</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 204.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 5.

categoría de esos actos de disposición los actos de disposición parcial como por ejemplo los actos de concesión de derechos reales de goce. En cuanto a la contracción de nuevas deudas las opiniones se dividen; la opinión tradicional excluye la posibilidad de impugnar tales actos por vía pauliana. Para otros, la admisión de esa postura tradicional conduciría a la supresión en la práctica de la cesión pauliana. No está sujeto a impugnación mediante la acción pauliana el pago de una deuda vencida, siempre que el mismo acontezca de una forma normal. Por lo que debe tenerse en cuenta el artículo 1279 del CC. Por otra parte, la dación en pago y la novación podrían ser atacadas por vía pauliana siempre que revelen el propósito de favorecer a unos acreedores en perjuicio de otros: las figuras serán revocables en cuanto al valor de la dación o en cuanto al valor de la nueva obligación asumida y que exceda de la deuda que mediante ella se trata de extinguir<sup>103</sup>.

Vimos que la renuncia a la herencia cuenta con la disposición especial del artículo 1017 CC. La prescripción no opuesta por el deudor puede oponerla el acreedor según el art. 1958 CC. Y la partición es objeto de una disposición especial, a saber, el artículo 766 del CC: “*Los acreedores de un comunero pueden oponerse a que se proceda a la división sin su intervención, y pueden intervenir a su costa; pero no pueden impugnar una división consumada, excepto en caso de fraude o de que dicha división se haya efectuado a pesar de formal oposición, y salvo siempre a ellos el ejercicio de los derechos de su deudor*”. Obsérvese que la norma indica “*excepto en caso de fraude*” lo que supone una clara referencia a la posibilidad de impugnar la división por fraudulenta. Sin embargo, en opinión de Lagrange debe entenderse en el sentido de que lo importante es la determinación fraudulenta de la cuantía de aquello que se atribuya al comunero en la partición. Es decir, el lote de bienes o porción de la cosa común, o la cantidad de dinero, o el valor del bien extraño a la masa partible, que se adjudique al comunero en la partición. Lo cual puede significar perjuicio para los acreedores de esa persona. Y pueden impugnar el resultado de la partición mediante la acción pauliana.

Finalmente, otra hipótesis es la del *negotium mixtum cum donatione*. Expresión que traducida literalmente es negocio mixto con donación. Se refiere a la hipótesis de la venta de un bien hecha por un precio muy inferior al valor real de ese bien. La impugnación a decir de Lagrange se extendería a la parte no onerosa.

### 3.3. Requisitos<sup>104</sup>

<sup>103</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, (agregaba entre los actos neutros –ni gratuitos ni onerosos– que pueden ser impugnados por la acción pauliana la aceptación de la herencia pura y simple). Sin embargo también cuentan los acreedores en principio con la acción de “separación de patrimonios”. Véase sobre ésta última: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 140-147.

<sup>104</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 220-225; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 249-254; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 180-183; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 473-476; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 21-4-06, Exp. KPO2-V-2004-000291, <http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../652-21-KPO2-V-2004-000291-HTML>; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 264-271; ROJAS ASCÓN, *ob. cit.*, pp. 5-7.



La acción revocatoria es un remedio que la ley concede en exclusiva a los acreedores y por tanto, su ejercicio consistirá siempre en la existencia de un crédito<sup>105</sup>.

3.3.1. *Relativos a las partes*: que exista *interés de parte del acreedor*. Que el acreedor debe experimentar un *daño*<sup>106</sup> por el acto que quiere impugnar y debe probar el daño (*eventus damni*). Se precisa pues un perjuicio o peligro para el acreedor, actual o eventual, esto es que el acto de disposición ejecutado por el deudor representa para la integridad del patrimonio. De tal suerte, que la presente acción a semejanza de la acción oblicua precisa un daño, pero la diferencia viene dada porque en la oblicua el deudor presenta una conducta omisiva en tanto que en la pauliana se aprecia un comportamiento activo, toda vez que el sujeto realiza actos de fraude dirigidos a hacerse insolvente o a frustrar en todo caso las medidas que pudieren intentar sus acreedores para hacer efectivos sus derechos. El evento dañoso no precisa de un resultado inmediato sino que basta un perjuicio eventual: la determinación del *eventus damni* es una cuestión de hecho, que debe determinarse en atención a circunstancias en concreto.

Generalmente, tendrá interés en intentar la acción el acreedor quirografario o el acreedor con privilegio general, pues el acreedor prendario o hipotecario tiene su crédito garantizado. Lo mismo vale decir del acreedor con privilegio especial que comporte un derecho de persecución. Salvo que tales garantías no sean suficientes para la satisfacción de sus intereses.

El deudor debe ser *insolvente*<sup>107</sup> porque de lo contrario carece de interés el acreedor en el sentido de que no existe un perjuicio actual. Sin embargo, para Rodríguez Ferrara no se precisa necesariamente “insolventia” sino inminente peligro<sup>108</sup>. En sentido semejante, Palacios Herrera refiere que si bien la insolventia consiste en el hecho de que el activo patrimonial sea inferior al pasivo; no hay sin embargo que atenerse siempre a la computación matemática. Pues puede ser que el pasivo sea menor y sin embargo proceda la acción porque existe insolventia “práctica” mas no teórica<sup>109</sup>. A veces una persona tiene un activo aparentemente cuantioso pero formado por elementos que no es fácil convertir en dinero.

<sup>105</sup> CRISTÓBAL MONTES, *La vía...*, p. 85, el acreedor natural no podría exigir el pago y por tal contar con la acción.

<sup>106</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 310, se requiere el “*eventus damni*”, un daño que sufra el acreedor por efecto del acto del deudor, por eso para algunos es una acción de responsabilidad. Se excluye créditos posteriores al acto del deudor; Cristóbal Montes, *La vía...*, p. 126, el daño o perjuicio debe presentar cierta entidad.

<sup>107</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *La vía...*, p. 129, la insolventia debe jugar, pero hay que saberla entender adecuadamente. Dará lo mismo cuando por virtud del acto dispositivo impugnado el acreedor no pueda cobrar su acreencia, como cuando por razón del mismo dicho acreedor vea reducida la plena satisfacción o se le torne más difícil o complicada la percepción de su crédito.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 180.

<sup>109</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 310, por ejemplo, si los bienes que constituyen el excedente del activo sobre el pasivo son inembargables, habrá insolventia desde el punto de vista pauliano.

3.3.2. *Relativos al acto*: el acto debe ser “*fraudulento*”. De allí que el elemento subjetivo en la acción pauliana se identifica en la tradición del Derecho Civil con el fraude<sup>110</sup>. Consiste en la conciencia del deudor de ocasionar un perjuicio a sus acreedores. Precisa complicidad del tercero<sup>111</sup>. Se alude a “*consilium fraudis*”<sup>112</sup>. Aunque se ha criticado una idea rígida de éste que pretende hacer necesario el *animus nocendi* entre el deudor y el tercero<sup>113</sup>.

De allí que ante la dificultad de la prueba del fraude por tratarse de un elemento eminentemente espiritual, generalmente sin perjuicio de otras pruebas se acreditará generalmente por presunciones<sup>114</sup>. Se presume fraude *iure et de iure* cuando los actos son a título gratuito (CC 1279) y se presume *iuris tantum* en los actos a título oneroso *cuando la insolvencia fuere notoria*<sup>115</sup>, toda vez que los actos a título oneroso suponen una contraprestación. Para Rodríguez Ferrara ambos han de presumirse en forma absoluta si *en los onerosos la insolvencia fuere notoria o cuando el tercero tenía motivo para conocerla*<sup>116</sup>. Conclusión que comparte Orángel Rodríguez (Juicio crítico sobre la acción pauliana) según refiere Palacios Herrera, toda vez que para el autor si ello se basa en la presunción de que todo deudor conoce su situación patrimonial ello es perfectamente aplicable a los actos a título oneroso, aunque Palacios le hace algunas críticas pues en el acto a título oneroso no hay empobrecimiento del deudor<sup>117</sup>. Y la acción sólo se aplica a los actos de empobrecimiento<sup>118</sup>. También se presumen fraudulentos: el pago hecho por deudor insolvente de una deuda no vencida y las garantías de deudas aun no vencidas a otros acreedores<sup>119</sup>.

<sup>110</sup> MARTINELLI, Domenico: Italia: *El papel del elemento subjetivo del acto revocable según la doctrina italiana y española*. En: La protección del crédito en Europa: la acción pauliana. Joaquín J. Forner Delaygua (Editor). España, Bosch, 2000, p. 124.

<sup>111</sup> Véase sobre la complicidad del tercero: CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 475 y 476.

<sup>112</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 311, discutiéndose si se precisa la intención de dañar o basta el *animus nocendi* que es la simple representación del daño; RIVERO, *ob. cit.*, p. 58, en la disciplina española el acto fraudulento tiene un elemento subjetivo: el llamado *consilium fraudis*. Supone una connivencia o acuerdo fraudulento; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 235; ROJAS ASCÓN, *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>113</sup> MARTINELLI, *ob. cit.*, p. 128.

<sup>114</sup> RIVERO, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>115</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 251 y 252, si el acto es gratuito (*iure et de iure*) u oneroso (*iuris tantum*); de los Municipios Ezequiel Zamora y Andrés Eloy Blanco de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 23-7-04, Exp. 102-2002, <http://barinas.tsj.gob.ve/decisiones/2004/julio/824-23-102-2002.html>.

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp., 181 y 182, “La ley, antes esta circunstancia, ha establecido presunciones de dolo (todas de carácter absoluto) para así relevar al acreedor, en algunas circunstancias, de la prueba del fraude. Estas presunciones, todas contenidas en el artículo 1279”.

<sup>117</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 311 y 312.

<sup>118</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 477.

<sup>119</sup> Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 16-9-09, Exp. 5949, <http://jca.tsj.gov.ve/DECISIONES/2009/.../1321-16-5949-04.HTML> “Las dudas y discusiones que ha surgido en el campo de la doctrina extranjera respecto al fraude, sus condiciones y aspectos, se aminoran

Para Lagrange lo que acontece según el artículo 1279 del CC es que tratándose de actos a título gratuito la ley no exige para el éxito de la pauliana la participación fraudulenta del tercero. Es una manera impropia de decir que en tal caso la ley presume *iure et de iure* el fraude, pues lo propio es sostener que en tal caso la ley no exige la participación fraudulenta del adquirente. Ello se explica cuando un tercero contrata con el deudor un acto a título gratuito. Un acto que empobrece al deudor y está dirigido a enriquecer al tercero. Se plantea desde el punto de vista de la acción pauliana un conflicto de intereses; por un lado estará el interés del acreedor que ejerce la acción que trata de evitar un daño, a saber, la insolvencia del deudor. Mientras que el tercero trata de conservar el lucro derivado de la adquisición gratuita. La ley al sopesar el interés de evitar un daño con el interés menos respetable de conservar un lucro, se inclina a favor del acreedor. Esa es la razón por la que el segundo párrafo del artículo 1279 CC no exige la participación fraudulenta del tercero.

Distinta es la situación cuando el tercero contratante es a título oneroso, en que se determina una presunción *iuris tantum* de fraude a cargo del tercero, esto es, la ley presume la participación fraudulenta del tercero. Cuando éste hace un sacrificio patrimonial, la revocación del acto por la pauliana puede significarle no solamente la frustración de un beneficio sino un perjuicio para el tercero mismo. Por lo que se balancea el perjuicio al acreedor y el perjuicio que trata de evitarse ese tercero contratante. Aquí la ponderación es más delicada. Por lo que el legislador presume el fraude del tercero si la insolvencia es notoria para el tiempo que contrató o sin ser notoria la insolvencia el tercero tenía motivos para conocerla. Pero es una presunción *iuris tantum* porque aun en tal hipótesis le cabría al tercero, la posibilidad de que siendo el acto económicamente equilibrado no fue ejecutado con la finalidad de defraudar a los acreedores, sino que sencillamente se trataba de un acto de disposición no fraudulento. Vale recordar al efecto el artículo 1279 en su cuarto párrafo del CC.

Finalmente, se precisa la *anterioridad del crédito* respecto del acto de disposición<sup>120</sup>. Pues recordemos que a tenor del artículo 1280 del CC en su primer párrafo “*no puede intentarse por un acreedor cuya acreencia sea posterior en fecha al acto cuya revocación demanda, a menos que se presente como causahabiente de un acreedor anterior*”.

---

considerablemente en Venezuela, donde nuestro Código Civil presume de modo absoluto (irrefragable o *iuris et de iure*) el fraude cuando los actos efectuados por el deudor son a título gratuito... Respecto de los actos a título oneroso efectuados por el deudor insolvente, se consideran fraudulentos “cuando la insolvencia fuere notoria o cuando la persona que contrató con el deudor haya tenido motivos para conocerla” (tercer párrafo del artículo 1279).

<sup>120</sup> Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 275, el crédito del acreedor que intenta la acción pauliana debe ser anterior el acto que pretende combatir. Si su derecho fuere posterior al hecho que provocó o acentuó la insolvencia del deudor, resultaría que desde un principio habría negociado ya con un insolvente, y este no habría agravado la situación patrimonial del deudor.

Esto pues antes de efectuarse el acto de disposición el acreedor no era tal y el deudor no podía haberse propuesto perjudicarlo, pues tal crédito no existía. Por excepción, de conformidad con la misma norma, el crédito *puede ser posterior al acto de disposición si se trata de un causahabiente del acreedor*, es decir, como subrogado en la acreencia de un acreedor anterior. Por ello, además de tratarse de un crédito cierto, líquido y exigible ha de ser una crédito de *fecha cierta*, lo cual se determinará conforme al artículo 1369 del CC.

3.3.3. *Relativos al crédito*: debe ser *cierto, líquido y exigible*<sup>121</sup>, anterior al acto fraudulento, se precisa citación del deudor aunque la acción se dirige contra el tercero que ha contratado con éste. Pues frente al tercero el fraude será declarado con el fin de que éste no produzca efectos perjudiciales contra el acreedor actuante. Pero la citación del deudor permite que lo alcance los efectos de la cosa juzgada.

Indica una decisión judicial que “para intentar la acción pauliana, la misma debe cumplir con ciertos caracteres como es: a) Es una acción destinada a conservar entre otros el patrimonio del deudor frente al acreedor que la intenta. b) El acreedor que la intenta, actúa en nombre propio y ejerce un derecho propio. c) Esta acción, requiere de la existencia del fraude, es decir la intención del deudor de hacerse insolvente. d) El acto que se impugna debe haberse realizado es decir haberse efectuado”<sup>122</sup>.

#### 3.4. *Plazo*

La acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores “tuvieron noticia del acto que da origen a la acción” (artículo 1279, sexto párrafo del CC). Se dice que debió tomarse el acto en sí pues la prueba de la noticia del acto es difícil.

#### 3.5. *Efectos*<sup>123</sup>

3.5.1. *Respecto al objeto y al deudor*: restituir el bien al patrimonio del deudor, reponer las cosas al estado original<sup>124</sup>. Si ello no es posible rige la responsabilidad civil del tercero y deudor. La acción pauliana no produce ningún efecto respecto al deudor, de modo que éste continúa obligado frente al tercero con quien contrató el acto fraudulento en los mismos términos en los cuales venía estándolo ante del ejercicio de la acción y para el momento de la sentencia que declara con lugar esa acción. La ineficacia

<sup>121</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, 223; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 181; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, p. 254. Véase en sentido contrario: CRISTÓBAL MONTES, *La vía...*, pp. 93-101, lo importante es la protección del crédito.

<sup>122</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. 6024, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1430-1-6024.html>.

<sup>123</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, 225-228; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 183-185; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 255-259; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 479-482; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 78 y 781; LAGRANGE, *Apuntes...*; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 273-277.

<sup>124</sup> Véase: ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 235, su principal finalidad como su nombre lo denota es la “revocación” del acto fraudulento del deudor.

revocatoria permite obviar respecto del acreedor que la ejerce los efectos perjudiciales del acto impugnado. Su efecto es siempre la reintegración respecto del acreedor actor de la garantía patrimonial que le fue lesionada por el acto deudor impugnado. Reintegración por vía de ineficacia relativa y limitada<sup>125</sup>.

3.5.2. *Respecto a las personas intervinientes y terceros*: la acción aprovecha solo al acreedor demandante pero el acto es oponible a los demás acreedores por lo que no se parece a acción de nulidad<sup>126</sup>. Respecto al tercero el acto no les es oponible al acreedor que la ejerció pero sí a los demás. Aunque se distingue entre tercero de *mala fe* y tercero de *buenafé*. En caso de buena fe, queda obligado a restituir la cosa pero conserva frutos, no responde por deterioro ni por daños y perjuicios. Por lo que la revocatoria pronunciada judicialmente no llega a alcanzar o perjudicar al adquirente inmediato del deudor que ha contratado con el deudor a título oneroso y de buena fe. Es decir, no perjudica al adquirente a título oneroso que contrató en la ignorancia del carácter fraudulento del acto de disposición.

Hay una excepción en el párrafo segundo del artículo 1280 “*En todos los casos la revocación del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derecho sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por revocación*”. Así pues, la revocatoria pronunciada judicialmente no perjudica al tercero subadquirente de buena fe, que haya adquirido derechos sobre un inmueble perteneciente hasta ese momento al deudor con anterioridad al registro de la demanda por la cual ha sido ejercida la acción pauliana. El citado artículo 1280 debe conectarse con el artículo 1921, ord. 2<sup>127</sup>, que plantea la necesidad de registro de la acción pauliana con el objeto de que se haga conocible a los terceros. Si el tercero contrata de buena fe con anterioridad al registro de la demanda (no de la sentencia de la revocación) esa adquisición será firme y escapa al efecto de la sentencia. En tanto que si ese tercero de buena fe adquiere derechos posteriores al registro de la demanda, la revocación sí produce efectos en su perjuicio.

La revocatoria judicial sí afecta al tercero de mala fe, esto es, que ha participado en el fraude perpetrado por el deudor<sup>128</sup>. Vale recordar que

<sup>125</sup> JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, p. 17.

<sup>126</sup> Véase: ROJAS ASCÓN, *ob. cit.*, pp. 7-9, la acción revocatoria no es una de nulidad, sino una de ineficacia relativa de los actos impugnados. La finalidad que persigue es dejar al objeto del acto de disposición dispuestos para la acción ejecutiva del acreedor. El efecto que se debe paralizar es la sustracción del bien, consiguiendo el acreedor una reintegración a su favor de la garantía patrimonial del deudor. En cambio la nulidad protege intereses públicos.

<sup>127</sup> “Deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley: 1º. El decreto de embargo de inmuebles. 2º. Las demandas a que se refieren los artículos 1279, 1281, 1350, 1466 y 1562. Bastará para los efectos de este artículo que se ponga nota al margen de los instrumentos respectivos, en la cual se haga referencia del decreto de embargo o de las demandas propuestas”.

<sup>128</sup> Véase: JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, pp. 325 y 326, la mala fe del tercero subadquirente equivale al conocimiento o a la ignorancia culpable/negligente, existente al tiempo de su propia adquisición, del perjuicio económico que la enajenación deudor. La mala fe permite sujetar también a él, los efectos

respecto del adquirente a título gratuito la ley da el mismo tratamiento que el tercero de mala fe.

Finalmente, la revocatoria no opera en perjuicio del tercero que ha adquirido de buena fe un derecho sobre una cosa mueble no registrable. Aplica el artículo 794, primer párrafo del CC que dispone que en materia de bienes muebles la posesión genera una presunción de título.

### 3.5.3. *Respecto a los demás acreedores*

3.5.3.1. *Del deudor*: No produce efectos respecto de los demás acreedores que no la intentaron a diferencia de la acción oblicua. Se trata de una acción estrictamente individual que beneficia únicamente al acreedor que la ha ejercido. Así lo indica expresamente el artículo 1279 CC: “*La revocatoria no aprovecha sino a los acreedores anteriores a dicho acto que la hayan demandado*”.

3.5.3.2. *Respecto a los acreedores del tercero*: Produce los mismos efectos que respecto al tercero (acto se considera revocado). Respecto de los acreedores del tercero que contrató con el deudor, la acción declarada con lugar produce los mismos efectos que respecto del tercero. Esto significa que los acreedores del tercero no concurren con el acreedor accionante sobre los bienes del tercero. Porque para ellos, el acto fraudulento de disposición ha quedado revocado.

3.5.4. *Respecto a los subadquirentes del tercero*: Cuando el tercero ha enajenado la cosa a otra persona subadquirente puede ejercerse acción contra este último. Si es de mala fe queda expuesto a los efectos de la acción, pero si es de buena fe queda fuera de los efectos de la acción pauliana. Si es un inmueble el acreedor puede recobrar dicho bien respetando el gravamen.

“Ha de tratarse de actos reales y no fingidos, pues si el acto del deudor fuera simulado” procedería la acción de simulación<sup>129</sup>. La acción produce entonces efectos relativos<sup>130</sup>, que en ocasiones alcanza a los subadquirentes<sup>131</sup>.

### 3.6. *Modo en que funciona la revocatoria*<sup>132</sup>

La revocatoria no constituye una suerte de nulidad. No tiene por objeto o efecto hacer nulo el acto fraudulento, su validez no se perjudica. Lo que determina la acción pauliana es una consecuencia extraordinaria, a saber, que el acto de disposición se considere jurídicamente ineficaz respecto del

de la acción revocatoria victoriosa referida a la enajenación del deudor (al perjuicio económico que ésta causó a sus acreedores; a la impugnabilidad posible o impugnación efectiva de la misma y no a la subenajenación sucesiva que es su propio título adquisitivo). La buena fe se presume también respecto del tercero subadquirente por lo que corresponde al acreedor impugnante la carga de la prueba.

<sup>129</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 155.

<sup>130</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 481 y 482; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 780.

<sup>131</sup> DOMINICI, *ob. cit.*, p. 781.

<sup>132</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

acreedor que ha ejercido la acción y ha obtenido una sentencia favorable<sup>133</sup>. Es como si respecto de él, dicho acto fraudulento no se hubiere realizado; no le es oponible. Como si el bien no hubiere salido del patrimonio del deudor cuando lo cierto es que sí salió. Y este acreedor sí puede agredir patrimonialmente ese bien para satisfacer su interés, no obstante que pertenezca a una persona distinta al deudor. El efecto de la inoponibilidad o ineficacia relativa al acto de disposición es característico de la acción pauliana. Por lo que revocación no es anulación; es ineficacia absoluta del acto. Pues la acción pauliana se ejerce siempre y sin excepción contra el tercero en cuyo patrimonio se encuentra para el momento del ejercicio de esa acción el bien del cual dispuso fraudulentamente el deudor. Aunque como se indicó resulta conveniente citar al deudor para que lo alcance el efecto de la cosa juzgada<sup>134</sup>. Pero la revocatoria solo beneficiará al acreedor que la ejerció dentro de los límites del crédito en virtud del cual él procedió a demandar en ejercicio de la acción pauliana.

En cuanto al valor del acto de disposición la acción pauliana le afecta solo por el valor del crédito en cuestión. El adquirente conserva en parte la adquisición que ha hecho. Así por ejemplo si el crédito en virtud del cual ha procedido el acreedor demandante es el crédito de un millón de bolívares. Mientras que el valor del acto de disposición es de dos millones, y éste acto es revocado por la pauliana, entonces la revocación sólo opera dentro del límite de un millón de bolívares y no respecto del resto, para el que no sería útil el efecto extraordinario de la ineficacia relativa que produce la sentencia de revocación.

#### 4. Acción de simulación<sup>135</sup>

##### 4.1 Noción y elementos

Refiere el artículo 1281 CC: *“Los acreedores pueden también pedir la declaratoria de simulación de los actos ejecutados por el deudor. Esta acción dura cinco años a contar desde el día en que los acreedores tuvieron noticias del acto simulado. La simulación, una vez declarada, no produce efecto en*

<sup>133</sup> Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 278, el acto atacado con la acción pauliana seguirá generando efectos para todo el mundo, salvo para el acreedor que demandó la invalidez, en tanto que la nulidad absoluta, privan los efectos del acto respecto de todos.

<sup>134</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 1-11-07, Exp. 6024, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/1430-1-6024.html>; véase: SIRVENT GARCÍA, *ob. cit.*, p. 21, legislaciones como la italiana refieren expresamente que debe citarse al deudor, en tanto que en el ordenamiento argentino se regula pormenorizadamente la intervención del deudor en el proceso en que se ejercita la acción subrogatoria.

<sup>135</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 585-588; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 187-192; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 433-465; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 316-318; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. I, pp. 259-265; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 485-497; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 208-220; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 489-506; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 151-158; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 835-874; ZAMBRANO, *ob. cit.*, pp. 315-322; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 63-65; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 187-189; PALMERO, *ob. cit.*, pp. 113-115; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 280-286; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 871-877; PARRAGUEZ RUIZ, Luis Sergio: *El negocio jurídico simulado*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, [http://gredos.usal.es/jsptui/bitstream/.../DDP\\_ParraguezRuizLuisSergio\\_Tesis.pdf](http://gredos.usal.es/jsptui/bitstream/.../DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf).

*perjuicio de los terceros, que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación. Si los terceros han procedido de mala fe quedan no solo sujetos a la acción de simulación sino también a la de daños y perjuicios”.*

La norma consagra la acción de simulación por parte del acreedor, esto es como acción protectora del crédito. No obstante la simulación es una figura que puede tener un alcance más general, cuando un acto jurídico formalmente no se corresponde con su sentido o intención real. Se ataca un acto ficticio o irreal. En la simulación hay una discordancia entre lo que se declara y lo que se hace. Los actos simulados, al menos aparentemente, pueden menoscabar el patrimonio del deudor haciendo desaparecer bienes que integran la prenda común de los acreedores<sup>136</sup>. De allí que se pretenda una declaratoria judicial de “simulación” sobre un asunto o negocio jurídico<sup>137</sup>.

La simulación o el negocio jurídico simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es contrario de cómo parece<sup>138</sup>. La simulación consiste en una declaración de un contenido de voluntades no real. Las partes tienen el deliberado propósito de producir una apariencia engañosa. Cuando detrás de la apariencia no hay nada se alude a simulación absoluta. Cuando detrás de la apariencia hay un negocio jurídico distinto se alude a simulación relativa<sup>139</sup>. La simulación puede entonces ser absoluta o relativa, si todo es simulado o si existe cierta realidad. La simulación relativa esconde otro negocio y algún elemento como el precio, por ejemplo, por razones de impuesto. También se distingue la interposición ficticia o interposición simulada de personas en que las partes celebran un contrato pero en realidad se celebra con una tercera persona que no aparece referida en el acuerdo simulatorio<sup>140</sup>. La nota característica de la simulación está dada por la violación del deber general de “buena fe”, pues en una concomitancia ilícita se crea la apariencia de un acto que en la realidad no existió o que difiere del que las partes realizaron<sup>141</sup>.

Entre los elementos de la simulación se ubica: dos declaraciones de voluntad deliberadamente disconformes con la verdadera intención o propósito de las partes; que esas declaraciones de voluntad hayan sido concertadas, esto es derivadas del acuerdo de las partes; y finalmente el propósito de engañar a los terceros. Generalmente la simulación tiene un fin ilícito aun-

---

<sup>136</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 97.

<sup>137</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 379.

<sup>138</sup> PARRAGUEZ RUIZ, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>139</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 0350 del 3-7-02, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-0350-030702-01227%20.htm>.

<sup>140</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 846; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 189; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 452-456, alude a simulación absoluta, relativa y a la interposición de persona (prestanombre, testaferro u hombre de paja); LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>141</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 114.



que excepcionalmente pudiera tener un fin lícito<sup>142</sup>, por ejemplo, el padre que hace creer al hijo que ha perdido su fortuna para que éste se dedique a estudiar. Pero frecuentemente los negocios simulados son utilizados para defraudar a los acreedores<sup>143</sup>. El acreedor puede entablar las acciones de simulación que entienda le corresponden, a fin de que se declare la falsedad de tales actos y vuelvan esos bienes a figurar bajo su titularidad. Aunque más que “vuelvan” a ingresar, más propiamente es que se declare que sigan perteneciendo al deudor<sup>144</sup>.

Como acción de protección del crédito, la simulación, al igual que las previas acciones estudiadas (oblicua y pauliana) supone *insolvencia* del deudor, cuando éste finge determinados actos en perjuicios de sus acreedores. Se trata de una acción de conservación que precisa la “insolvencia” del deudor, por lo que no procede ante actos simulados si el deudor está solvente, porque en tal caso el acreedor carecería de interés en cuanto a su ejercicio. Los actos pueden ser lícitos o fraudulentos.

“Se trata de una divergencia consciente y deliberada entre la voluntad real y la voluntad declarada. En segundo término, el acto ficticio u ostensible que corresponde a la voluntad declarada es decir, el presunto negocio jurídico indicativo de la voluntad de las partes”<sup>145</sup>.

La *causa simulandi* debería probarse<sup>146</sup>, aunque sea por vía de indicios<sup>147</sup>. Hay negocios jurídicos no simulables por su naturaleza entre los que cabe citar, los negocios jurídicos familiares, la sociedad, los negocios unilaterales y el proceso judicial. Aunque respecto del último se ha admitido la posibilidad de fraude procesal<sup>148</sup>.

## 4.2. Requisitos

4.2.1. *Interés del acreedor*: la acción de simulación requiere ante todo el interés del acreedor que se traduce en la delicada situación patrimonial del deudor<sup>149</sup>. El único requisito para promover la acción de simulación es que quien demanda tenga un interés legítimo, lo cual es una aplicación del principio común contenido en el artículo 16 del Código de Procedimiento

<sup>142</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>143</sup> ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>144</sup> PALMERO, *ob. cit.*, p. 114.

<sup>145</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-2-11, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/516-15-36006-064.html> Véase también entre otras: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-9-10, Exp. 41.121, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/512-27-41121-502.html> ; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html>.

<sup>146</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 858.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 856.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 840.

<sup>149</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 190.

Civil, según el cual para proponer una demanda en juicio es menester tener interés directo en ello, aunque ese interés sea eventual o futuro, salvo que la ley lo exija actual<sup>150</sup>.

4.2.2. *Insolvencia del deudor*<sup>151</sup>: al igual que las demás acciones protectoras del crédito, la acción de simulación carece de interés para el acreedor si el deudor presenta una situación patrimonial satisfactoria.

4.2.3. *Acto ficticio*: se precisa un acto irreal ya sea en su totalidad o en algún extremo del mismo<sup>152</sup>. La simulación no se presume sino que debe ser probada. Respecto de lo cual según veremos *infra* debe distinguirse entre las partes y los terceros.

4.2.4. *No importa la fecha del crédito*: a diferencia de la acción pauliana que precisa en principio que el crédito sea anterior al acto salvo que se trate de causahabientes del acreedor. Tanto los acreedores anteriores como posteriores al acto puede acudir a la presente acción<sup>153</sup>.

4.2.5. *La acción se dirige contra las partes del acto*<sup>154</sup>: tiene efectos *erga omnes*, aprovecha a todos los acreedores del deudor demandantes o no<sup>155</sup>, a diferencia de la acción pauliana que sólo beneficia a quien la ejerce. Mélich Orsini cita a Camona, quien crítica que la doctrina ve en la acción de simulación una acción de nulidad<sup>156</sup>.

La acción de simulación y la revocatoria o pauliana pueden proponerse alternativamente no son excluyentes<sup>157</sup>. Esto significa que no pueden acumularse sino proponerse subsidiariamente<sup>158</sup>.

---

<sup>150</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html>.

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 188. Véase en sentido contrario: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 587, para el autor NO se precisa insolvencia.

<sup>152</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 190.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 585; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 4-6-05, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/390-4-15.163-.html> “Conforme a la definición de la acción de simulación que aparece indicada al principio de esta sentencia, ella compete a las partes del acto simulado o a los terceros interesados. Resulta un requisito para el ejercicio de la acción por parte de un tercero interesado, que la demanda se proponga contra las partes intervinientes en el negocio que se pretende simulado: Así lo tiene acogido la doctrina y asentado la jurisprudencia, como el fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de Julio de 2002 (Ramírez y Garay, Julio 2002-1247-02. P. 293), donde se afirmó: “En el caso de la simulación, no sólo deben ser demandados los simuladores, sino los que registralmente aparezcan como propietarios del bien”.

<sup>155</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 586.

<sup>156</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 869, nota 87. Véase sin embargo: TSJ/SCC, Sent. 395 del 13-6-08, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.00395-13608-2008-07-572.HTML>.

<sup>157</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>158</sup> Véase: Juzgado Tercero del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 5-8-09, Exp. FP02-V-2009-001249 Resolución: PJO262009000116 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/1989-5-FP02-V-2009-001249-PJO262009000116.html>.

### 4.3. Prueba de la simulación<sup>159</sup>

La simulación consiste en una apariencia, en un disfraz de la realidad. El negocio simulado mientras no sea impugnado, como es natural, produce sus efectos. Quien alegue la simulación tendrá la carga de la prueba ya se trate de impugnar el acto contenido en un documento público o privado según indica el artículo 1382<sup>160</sup> del CC. Por lo que todo contrato se presume sincero y quien alegue la simulación debe probarla<sup>161</sup>. La prueba de la simulación es distinta entre las partes contratantes que entre los terceros o frente a terceros.

4.3.1. *La prueba entre las partes contratantes*<sup>162</sup>: cuando dos personas se proponen crear una apariencia de contrato o negocio simulado es frecuente que a su vez redacten unas contradecaraciones, esto es, hagan constar sus verdaderas voluntades en un documento paralelo que se denomina contradocumento o contraescritura<sup>163</sup>, el cual está referido en el artículo 1362 “*Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros*”. Puede existir simulación sin contradocumento pero a los fines de que la otra parte se niegue a reconocer la simulación es que encuentra sentido la figura cuya validez se limite a las partes. Por lo que afirma la doctrina que debe superarse la creencia que la única prueba es el contradocumento sino que rige la amplitud probatoria<sup>164</sup>.

Por “partes”, debe entenderse no solo las que han intervenido en el acto simulado, sino también sus causahabientes universales o a título

<sup>159</sup> Véase OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 462-465; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 190 y 191; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 491 y 492.

<sup>160</sup> “*No dan motivo a la tacha del instrumento, la simulación, el fraude, ni el dolo en que hubieren incurrido sus otorgantes, sino a las acciones o excepciones que se refieran al acto jurídico mismo que aparezca expresado en el instrumento*”.

<sup>161</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, p. 491.

<sup>162</sup> Véase: ANGRISANO SILVA, Humberto: *La carga de la prueba en la simulación*. En: II Jornadas Aníbal Domínicí. Homenaje a Dr. Román Duque Corredor. Simulación, levantamiento del velo societario, Grupo de Sociedades. Venezuela, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados/Ediciones Funeda, 2010, pp. 357-380; SAGHY CADENAS, Pedro J.: *La simulación de contrato y su prueba. Notas para una conferencia*. En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 367-373.

<sup>163</sup> Véase: GUANIPA VILLALOBOS, José Manuel: *Prueba de la simulación y mito del contradocumento*. En: Cuestiones Jurídicas. Vol. I, N° 1, Enero-junio 2007, Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, pp. 58-80; ANGRISANO SILVA, *La carga...*, pp. 373-375; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 98, para ocultar la existencia de la convención que celebran las partes disponen a veces un acto aparente que no contiene su voluntad real y que encubre el verdadero contrato entregándose así a la simulación. La contraescritura es pues, un contrato mantenido en secreto y que las partes conciertan antes o al mismo tiempo que un acto aparente, que no corresponde a su voluntad y con la finalidad exclusiva de disimular la realidad.

<sup>164</sup> ANGRISANO SILVA, *La carga...*, p. 373.

universal<sup>165</sup>. En sentencia 5-12-72 la CSJ restringió el concepto de partes solo a los otorgantes del acto simulado y no a sus herederos y causahabientes. A las partes se le reconoce tres medios de prueba contradocumento, posiciones juradas, juramento deferido o referido y confesión y para los terceros son ilimitados<sup>166</sup>. Mal pudieran las partes pretender acudir a la prueba testimonial por propia limitación del artículo 1387 del CC, así como tampoco a las de presunciones por extensión del artículo 1399 CC<sup>167</sup>.

Las partes tienen límites probatorios a diferencia de los terceros que tienen libertad probatoria. Aun cuando la sentencia N° 00155 de la Sala de Casación Civil de 27-3-07 asimiló impropriamente las facultades probatorias de las partes y la de los terceros, si bien en posterior sentencia retornó al criterio original<sup>168</sup>.

Conforme al régimen previsto en el segundo aparte del artículo 1281 CC luego de registrada la demanda por simulación los terceros, es decir, quienes no fueron parte del negocio simulado, que adquieran derechos sobre el inmueble quedan sujetos a los efectos de la sentencia que declare

---

<sup>165</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html> “entre las partes la prueba por excelencia de la simulación es la prueba escrita o contradocumento, no admitiéndose la prueba de testigo porque se considera que las partes han tenido oportunidad de reducir a escrito el acto verdadero o real y por la imposibilidad de que proceda la prueba de testigo para demostrar lo contrario de una convención que consta por escrito en un documento público o privado, o lo que lo modifique, a menos que exista un principio de prueba por escrito o en los demás casos en que dicha prueba es admisible”.

<sup>166</sup> Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 191, nota 172.

<sup>167</sup> A diferencia de la materia mercantil. Véase: TSJ/SCC, Sent. 00305 del 12-4-04, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC-00305-120404-01181.htm> “las reglas aplicables al caso bajo examen son las contenidas en los artículos 124 y 128 del Código de Comercio”. La regla contenida en los dos primeros párrafos del artículo citado es aplicable a todas aquellas convenciones celebradas entre no comerciantes. En el mismo sentido: Tribunal Superior, actuando en sede Constitucional, en San Fernando de Apure, Sent. 21-2-11. Exp. 3422, <http://apure.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/FEBRERO/444-21-3422-3422.HTML>.

<sup>168</sup> Véase: SAGHY CADENAS, Pedro: *La facultad probatoria de las partes en los casos de simulación de contrato (nuevo cambio de criterio)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 131. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 235-244, dicha sentencia reinterpreta el artículo 1387 CC, modificando el criterio existente desde 1968. La Sala afirma que tanto las partes como los terceros deben gozar de la misma libertad probatoria en materia de simulación. Posteriormente, la Sala cambia de criterio mediante sentencia N° 01031 del 19 de diciembre de 2007, retoma la aplicación del artículo 1387 CC conforme a la diferencia entre las partes y los terceros; SAGHY CADENAS, Pedro: *Sala de Casación Civil: Libertad de pruebas en materia de convenciones. Un aparente caso de simulación de contrato*. En: Revista de Derecho N° 25, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 301-316; SAGHY CADENAS, *La simulación de contrato y su prueba...*, pp. 372 y 373; SAGHY, Pedro: *La simulación del contrato y su prueba*. Conferencia dictada en las I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés. (Caracas, sábado 15 de febrero de 2014), se propone una mirada que respete la autonomía de la voluntad. La simulación no es lícita ni ilícita, pues puede existir simulación indefensa o al menos neutra pues lo ilegal serán los fines para la que se utiliza.

la simulación y, por tanto, contra ellos podrá adelantarse la ejecución así no hayan sido demandados<sup>169</sup>.

4.3.2. *La prueba respecto de terceros*: se afirma que la simulación puede configurarse entre las partes que realizan un negocio jurídico o frente a terceros, quienes no han tomado parte en la relación simulada, mas pueden resultar afectados por su ejecución. Este sería, por ejemplo, el caso de un heredero cuyo causante celebre una venta aparente, con la intención de excluir del acervo hereditario, bienes que serían afectados a él<sup>170</sup>. Los terceros son los que no han tomado parte en el contrato simulado y que se pueden ver afectados por éste. Respecto de los terceros la prueba de la simulación no ofrece restricción alguna, extendiéndose inclusive a la posibilidad de la testimonial y de las presunciones<sup>171</sup>. Los terceros gozan de total libertad de prueba<sup>172</sup>. Pues es obvio que los terceros difícilmente puedan procurarse un contradocumento, aunque de acceder a éste podrían utilizar lo que les beneficie<sup>173</sup>. De hecho la prueba por excelencia serán las presunciones, a saber, llevar ante el juez una serie de indicios, que lleven a éste a la convicción que tuvo lugar un acto simulado.

Muñoz Sabaté alude a una lista de indicios que apuntan hacia la simulación que han sido considerados por la jurisprudencia<sup>174</sup>. Y así por ejemplo se consideró en un caso particular “1. El vínculo de parentesco entre los contratantes. 2. La diferencia entre el irrisorio precio de la venta y el valor real del inmueble. 3. El comodato gratuito y vitalicio aceptado por el aparente comprador, a favor de la aparente vendedora. 4. La falta de la entrega efectiva a la vendedora del precio del inmueble. 5. El hecho cierto de que para

<sup>169</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 2-7-09, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/2177-2-FH02-X-2009-000096-PJ0192009000400.html>.

<sup>170</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 219 de 6-7-00.

<sup>171</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 00305 del 12-4-04, “la prueba testifical para probar la simulación de un negocio jurídico en materia civil, sólo le es permitida a los terceros que no hubieran intervenido en el negocio jurídico cuya simulación se denuncia, es decir, no le está permitido a quien haya intervenido en su celebración, salvo los casos previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil... la regla contenida en los dos primeros párrafos del artículo citado es aplicable a todas aquellas convenciones celebradas entre no comerciantes”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html> “cuando la simulación es intentada por terceros, se admite todo género de pruebas, inclusive la de testigos, ya que la limitación del artículo 1387 del Código Civil solo es aplicable entre las partes y no a los terceros quienes no han tenido oportunidad de procurarse de prueba escrita alguna”.

<sup>172</sup> SAGHY CADENAS, *La simulación de contrato y su prueba...*, p. 371.

<sup>173</sup> Indicaba Lagrange que el contradocumento no puede hacerse valer en perjuicio de terceros pero éstos si pueden hacer valer las declaraciones en él contenidas en su beneficio. Y no existe limitación temporal que les afecte la utilización de la norma del artículo 1362 del CC.

<sup>174</sup> Véase: MUÑOZ SABATÉ, Luis: *La prueba de la simulación: semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Bogotá, Temis, 1980; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, marzo 2007, Exp. 05-8152, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-12-05-8152.html>.

el momento de la negociación de la venta simulada, el aparente comprador sólo contaba con 25 años de edad<sup>175</sup>. La falta de la entrega del pago podría ser punto determinante<sup>176</sup>.

#### 4.4. Efectos<sup>177</sup>

4.4.1. *Entre las partes*: Su declaratoria produce *efectos erga omnes*, aprovechando a todos los acreedores anteriores o posteriores al acto simulado<sup>178</sup>. Primeramente entre las partes del acto simulado el negocio será inválido.

4.4.2. *Respecto de terceros*: La doctrina los califica así.

a. Terceros de buena fe. La simulación declarada no produce efectos respecto de los terceros de buena fe, que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos o bienes de las partes del acto simulado. Este efecto no es más que una excepción al principio de la oponibilidad del contrato. Nuestro Código Civil, en el tercer párrafo del artículo 1281 CC, aplica el principio anterior refiriéndose a los bienes inmuebles, cuando expresa: “*La simulación una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación*”.

Cuando se trata de terceros de buena fe que han adquirido un derecho sobre una cosa mueble no registrable. Aplica el artículo 794, primer párrafo del CC que dispone que en materia de bienes muebles la posesión hace presumir el título. Finalmente, ante el conflicto entre los acreedores del acto fingido enajenante y los acreedores del fingido adquirente hay que preferir a los que invocan de buena fe el acto aparente, frente a los que traten de hacer valer el acto simulado<sup>179</sup>.

b. Respecto de los terceros de mala fe: la declaratoria de simulación sí produce efectos contra los terceros de mala fe, contra los terceros que han adquirido derechos o bienes de una de las partes a sabiendas que dichas partes habían celebrado un acto simulado. En este caso sus adquisiciones son comprendidas por la acción de simulación y por lo tanto los actos caen. Igualmente quedan expuestos dichos terceros a la indemnización por daños y perjuicios. Así lo dispone el cuarto párrafo del artículo 1281 del Código Civil al establecer lo siguiente: “*Si los terceros han procedido de mala fe*

<sup>175</sup> Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 27-9-10, Exp. 41.121, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/septiembre/512-27-41121-502.html>. En sentido semejante: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, marzo 2007, Exp.05-8152, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-12-05-8152.html>; J.R.G., T. 131, AMC7SCMT, Sent. 8-8-94, pp. 96 y 97, la *causa simulandi* puede derivarse de la amistad, precio vil, inejecución del contrato, falta de capacidad económica del adquirente.

<sup>176</sup> Véase: sobre la carga de la prueba en tal supuesto: TSJ/SCC, Sent. 000191 del 28-5-10.

<sup>177</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 456-462; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 192; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. II, pp. 487-489.

<sup>178</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 192.

<sup>179</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

quedan no solo sujetos a la acción por simulación sino también a la de daños y perjuicios<sup>180</sup>. La doctrina con base a tales normas recomienda orientarse en la solución de los conflictos por la buena fe y la teoría de la apariencia<sup>181</sup>.

Ahora bien al igual que se indicó respecto de la acción pauliana el artículo 1281 CC debe conectarse con el artículo 1921, ord. 2 CC<sup>182</sup>, que dispone la necesidad de registro de la acción simulación con el objeto de que se haga cognoscible a los terceros. Se protege así con base a tales normas al tercero de buena fe que ha adquirido algún derecho inmobiliario y haya registrado con anterioridad a la demanda de simulación. En tal caso, la acción de simulación no alcanza a ese tercero adquirente aunque se trate de un negocio no verdadero.

4.5. *Plazo*: al igual que la acción pauliana la ley estable 5 años “desde el día que los acreedores tuvieron noticia del acto”. Lapso que a decir de Rodríguez Ferrara aplica “únicamente a los terceros acreedores interesados y jamás a las partes. Entre las partes la acción es imprescriptible, pues de admitir la prescripción de la acción de simulación entre las partes implicaría reconocer un nuevo medio de transmitir la propiedad completamente ilegítimo<sup>183</sup>. Algunos lo califican de caducidad<sup>184</sup>; en tanto que para otros es de prescripción<sup>185</sup>. Mélich Orsini acota acertadamente que el lapso de 5 años de prescripción es para los acreedores en atención de la norma especial pues si la ejerce un no acreedor el lapso de prescripción de la acción debe ser el ordinario de 10 años<sup>186</sup>.

<sup>180</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 22-2-07, Exp. 08750 <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1241-21-08750-033-2007-D.html>.

<sup>181</sup> Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>182</sup> “Deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley: 1º. El decreto de embargo de inmuebles. 2º. Las demandas a que se refieren los artículos 1279, 1281, 1350, 1466 y 1562. Bastará para los efectos de este artículo que se ponga nota al margen de los instrumentos respectivos, en la cual se haga referencia del decreto de embargo o de las demandas propuestas”.

<sup>183</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 192; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 457, la acción declarativa de certeza o acción de simulación es imprescriptible respecto de las partes.

<sup>184</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 1-6-09, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/1331-1-8424-.html>; Juzgado Segundo Civil, Mercantil, Bancario y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 8-8-06, Exp. 48.078. <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/722-8-48.078-398I-080806.html>; AGUILAR CAMERO, *Caducidad...*, p. 12.

<sup>185</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 342 del 31-10-00, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/342-311000-RC00274.htm>; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-2-11. <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/516-15-36006-064.html>; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 872, por lo que está sujeto a interrupción.

<sup>186</sup> MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 874.

## TEMA 17

# Modos de Extinción de las Obligaciones<sup>1</sup>: El Pago o Cumplimiento

.....

**SUMARIO:** 1. Generalidades 2. Noción 3. Naturaleza jurídica 4. Funciones 5. Condiciones o requisitos 6. Sujetos o legitimados 7. Principios 8. Objeto 9. Tiempo 10. Lugar 11. Gastos 12. Prueba 13. Efectos 14. Imputación de pagos 15. Oferta real y depósito subsiguiente

### 1. Generalidades

La famosa frase que “las obligaciones nacen para morir”, encuentra sentido en el presente tema. Pues la obligación es por esencia temporal o pasajera, y se extingue o culmina por diversas causas.

Se denominan modos o causas de extinción de las obligaciones a “los diferentes hechos o negocios en virtud de los cuales tales obligaciones dejan de existir”, poniendo fin a una relación obligatoria ya constituida (a diferencia de la nulidad)<sup>2</sup>. Los modos de extinguir las obligaciones son todos aquellos actos o hechos mediante los cuales las obligaciones desaparecen de la vida jurídica<sup>3</sup>. La forma normal de extinción de las obligaciones es el pago pero pueden existir otra serie de causas<sup>4</sup>.

El Código Civil venezolano vigente<sup>5</sup> en su artículo 1282 dispone: “*Las obligaciones se extinguen por los medios a que se refiere este Capítulo y por los demás que establezca la Ley*”.

Se aprecia que la norma establece de modo general la referencia a la extinción en lugar de hacer una enumeración en una sola norma<sup>6</sup>. Aunque de seguidas en las siguientes secciones se refiere a los modos de extinción de

<sup>1</sup> Véase: MELICH ORSINI, José: *Modos de extinción de las obligaciones*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 60, 2ª edic., 2006; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 723 y ss. BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, 2012, T. II, pp. 7 y ss.; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, T. pp. 499 y 500; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 120-172; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 221 y ss.; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 313 y ss.; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 287 y 288; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 467 y ss.; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 126; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 334 y ss.; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 149-163; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 299-332; CONTE-GRAND, Julio: *La extinción de la relación contractual*. En: *Contratos Cíviles y Comerciales*. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 363-388; GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Madrid, Editorial Reus S.A. 1930, Vol. VII, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, pp. 11 y ss.; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, pp. 401 y ss.; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 111-122.

<sup>2</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 109; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 287.

<sup>3</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1037 y 1038; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 313, CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 221 y 222.

<sup>4</sup> OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 149; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 299.

<sup>5</sup> Véase: MELICH ORSINI, *Modos...*, p. 5 (prólogo), hasta la Reforma del Código Civil de 1942 el CC venezolano seguía el ejemplo del CC francés y enunciaba las causas de extinción de las obligaciones; LAGRANGE (*Apuntes...*).

<sup>6</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 353.



las obligaciones, a saber, el pago que incluye el pago con subrogación, la novación, la remisión de deuda, la compensación, la confusión y la pérdida de la cosa debida<sup>7</sup>. Sigue con las acciones de nulidad aunque tales no constituyen propiamente un modo de extinción sino una forma de atacar la validez de los actos jurídicos. La pérdida de la cosa debida que refiere el CC (art. 1344) dentro de los modos de extinción de las obligaciones, debe incluirse en un género más amplio: la *causa extraña no imputable*, pues según vimos, la primera está referida a las obligaciones de cosa específica<sup>8</sup>. Pero se admite la imposibilidad sobrevenida de la prestación como una de las causas de extinción de la relación obligatoria<sup>9</sup>, pues nadie está obligado a lo imposible.

Sin embargo, reseña la doctrina que la clasificación del Código Civil es insuficiente porque suprime algunos modos como sería el caso del abandono o cesión de bienes que hace el deudor en favor de sus acreedores<sup>10</sup>.

La doctrina ha referido que existen otros dispersos de extinción de las obligaciones además de los que enumera el Código Civil, a saber, el *mutuo disenso*, la muerte (en las obligaciones personalísimas), la condición resolutoria, el plazo, la rescisión, la resolución<sup>11</sup>. De allí que se aluda a otras maneras de extinguirse las obligaciones asociadas al tiempo, como la condición resolutoria o la muerte en las obligaciones personalísimas<sup>12</sup>. El cumplimiento de la condición resolutoria extingue la obligación por lo que se suele referir a la par de otras circunstancias como el término extintivo, el mutuo *disenso* como manifestación de la autonomía de la voluntad y muy excepcionalmente la decisión unilateral<sup>13</sup>, pues en principio, la sola voluntad de una de las partes no pone fin a la relación jurídica obligatoria.

La manera ordinaria y por excelencia de extinguirse la obligación es el pago<sup>14</sup>, pero existen otras maneras anormales de poner fin a la relación

<sup>7</sup> Véase referencia a los modos de extinción: Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748.html>; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-0001, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/.../1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ06620...>

<sup>8</sup> Véase *supra* tema 7; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 353. LASARTE, *ob. cit.*, p. 154, alude entre los modos de extinción de las obligaciones a “la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida de la prestación”. Véase sobre la pérdida de la cosa debida: SANOJO, *ob. cit.*, pp. 168-172.

<sup>9</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 208.

<sup>10</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 500.

<sup>11</sup> Véase: CARNEVALI DE CAMACHO, Magaly: *Naturaleza y requisitos del pago*. Mérida, Universidad de los Andes, 1.988, p. 15.

<sup>12</sup> Véase: POTHIER, *ob. cit.*, pp. 401-405.

<sup>13</sup> Sobre el mutuo disenso y la decisión unilateral, véase: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 210-212.

<sup>14</sup> Véase: Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 13-1-14, Exp. GH31-V-2008-000008, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/740-13-GH31-V-2008-000008-2014-000002.HTML> “el pago es el medio o modo voluntario por excelencia del cumplimiento de la obligación”; Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción

obligatoria, pues existe consenso que el pago amén del modo extintivo por antonomasia es ante todo, el verdadero cumplimiento de la obligación.

Existen diversas clasificaciones de los modos de extinción de las obligaciones<sup>15</sup>. Primeramente, puede distinguirse entre modos de extinción **generales** y modos de extinción **especiales**, según sean aplicables a todas las obligaciones (pago, novación, confusión, prescripción) o a determinadas obligaciones como la muerte, la condición resolutoria y el término resolutorio, respectivamente.

Otra clasificación distingue entre modos **voluntarios**, que dependen de la voluntad de las partes (pago, dación en pago, compensación, novación, remisión de deuda, *mutuo disenso*) e **involuntarios** que son ajenos a la voluntad de las partes (confusión, prescripción, causa extraña no imputable, muerte)<sup>16</sup>.

Se diferencia también entre modos de extinción **directos** y modos **indirectos**. Los primeros son los que no inciden sobre un elemento generador de la obligación pero la extinguen de manera inmediata (pago, novación y prescripción). Los segundos los que inciden sobre un elemento generador de la obligación y por ende la extinguen (resolución, rescisión, *mutuo disenso*, revocación).

Finalmente, se distinguen los modos que implican **satisfacción para el acreedor** de aquellos que **no logran la satisfacción para el acreedor**<sup>17</sup>. Los primeros extinguen la obligación haciendo que el acreedor obtenga de una manera directa o indirecta la prestación a la que tenía derecho o un subrogado de ésta. El modo satisfactivo por antonomasia es el pago, pero también se alude a otros como la dación en pago y la compensación<sup>18</sup>. Los modos que no logran la satisfacción extinguen la obligación sin procurar al acreedor la prestación o un subrogado de ésta (novación, prescripción, remisión de deuda, delegación o causa extraña no imputable)<sup>19</sup>.

Larenz alude igualmente al cumplimiento de la obligación por obtención de su finalidad, pues el fin de una relación obligatoria puede ser alcanzado de otro modo distinto a la prestación del deudor como podría ser un hecho fortuito que suponga una frustración del fin<sup>20</sup>. Concluye así que la

---

Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-4-12, Exp. AH1V-V-2000-000103, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2126-9-AH1B-V-2000-000103-.HTML>.

<sup>15</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 188.

<sup>17</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 16 y 17.

<sup>18</sup> Véase: FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación...*, pp. 160-163.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 164 y 165, la autora acertadamente incluye la confusión (en el mismo sentido: MADURO LUYANDO, *ob. cit.* pp. 350-353). En sentido contrario: LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>20</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, pp. 322 y 323, un buque de salvamento se obliga a remolcar un barco hundido pero antes de llegar al lugar del accidente el barco es puesto de nuevo a flote. ¿Se puede reclamar el precio o los gastos originados? El acreedor podrá rechazar la prestación porque para él ya no tiene sentido pero está obligado a indemnizar los gastos hechos por la otra parte en atención a la confianza en su declaración de voluntad.

“frustración del fin del contrato” constituye un modo extintivo de la obligación, asociado a la necesidad de la causa, que opera privando los efectos del contrato cuando por razones objetivas y ajenas a las partes se frustra la finalidad particular tenida en miras por una o ambas partes, la cual es relevante a los fines de la materialización del vínculo contractual<sup>21</sup>. Pero cabe recordar que cierto sector de la doctrina extranjera incluye dentro de la “frustración del contrato” no solo la causa extraña no imputable sino también la dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva. Siendo que en nuestro sistema en este último supuesto, la extinción no es la regla pues tiende a salvarse la vida del contrato y por ello se tiende en principio a la “revisión” del contrato<sup>22</sup>. La causa extraña no imputable la estudiamos a propósito del “incumplimiento involuntario”.

Algunos incluyen entre los modos de extinción de la relación obligatoria o de modificación de la misma “*la transacción*”<sup>23</sup>, por el cual las partes mediante recíprocas concesiones culminan un litigio o precaven uno eventual a tenor del artículo 1713 del CC: “*La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”. Nuestro CC la ubica y regula la transacción entre los “contratos”<sup>24</sup>. Su naturaleza jurídica es discutida (traslativa, declarativa, constitutiva, ecléctica)<sup>25</sup> y también se estudia en Derecho Procesal dado su fuerza ejecutiva o valor de cosa juzgada<sup>26</sup>.

Debe concluirse que el tema de la extinción de las obligaciones y en particular de la relación contractual está sustentado en la fuerza obligatoria de los contratos, de la autonomía de la voluntad y las causas legales. Pero también con miras a la justicia. “Sólo a partir de estos datos puede com-

<sup>21</sup> CONTE-GRAND, *ob. cit.*, p. 378.

<sup>22</sup> Véase *supra* temas 7 y 8.

<sup>23</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 512 y ss.; LARENZ, *ob. cit.*, p. 136, señala que la modificación de la relación obligatoria puede tener lugar también por transacción. Véase sobre el tema: MÉLICH ORSINI, José: *La transacción*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios 65, 2006; *Estudios jurídicos sobre la transacción: doctrina, legislación, jurisprudencia* (autores varios). Caracas, Fabreton, 1997; PARILLI ARAUJO, Oswaldo: *El contrato de transacción y otros modelos extraordinarios de terminar el proceso*. Caracas, Mobilibros, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *La transacción*. En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N° 57, diciembre 1997, pp. 387-461, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085321.pdf>.

<sup>24</sup> Véase: CC, arts. 1713 al 1723.

<sup>25</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *La transacción...*, pp. 29-48.

<sup>26</sup> Véase: CPC, 255: “*La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada*”; <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/marzo/1532-17-5029-1786.html>; TSJ/SConst. Sent. 1209 de 6-7-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1209-060701-00-2452%20.HTM> TSJ/SConst., Sent. N° 3588 de 19-12-03, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3588-191203-02-2602.HTM>; TSJ/SConst. Sent. N° 1810 de 20-10-06, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1810-201006-06-0986.HTM>; TSJ/SCC, Sent. N° 00384 de 14-6-05, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC-00384-140605-041006.HTM>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 17-3-09, Exp. AH1B-V-2000-00010, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/marzo/1532-17-5029-1786.html>.

prenderse y operarse adecuadamente un mecanismo extintivo de la relación contractual, con independencia de su formal estructura”<sup>27</sup>.

## 2. Noción<sup>28</sup>

La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuente) y termina con el cumplimiento. El fin natural al que tiende toda obligación es proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento o ejecución de la prestación debida. El cumplimiento es la realización de la prestación por el deudor a favor del acreedor, y es la hipótesis normal u ordinaria desembocadura de toda obligación<sup>29</sup>, la cual tiene lugar por antonomasia a través del pago.

La palabra “pago” se asocia vulgarmente a dar dinero pero en un sentido jurídico más ampliamente es “el cumplimiento de la prestación”<sup>30</sup>. “Pagar” en sentido jurídico es cumplir una obligación, sea la que sea<sup>31</sup>. El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación<sup>32</sup>. Cumplimiento y pago pueden considerarse sinónimos<sup>33</sup>. El pago es el modo normal de cumplimiento de

<sup>27</sup> CONTE-GRAND, *ob. cit.*, p. 388.

<sup>28</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, José: *El pago*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 86, 2ª edic., 2010; CARNEVALI DE CAMACHO, Magaly: *El Pago. Naturaleza y Requisitos*. Mérida, Universidad de los Andes, 1988; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 296-328; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 500-508; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 222-251; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 75-98; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 725-738; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 354-356; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 10-48; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 121-134, MÉLICH ORSINI, José: *El pago efectivo en moneda extranjera y el vigente control de cambio*. En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 321-336; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Tecnos, 1986; RODNER, James O.: *Ley aplicable a la estipulación y pago en moneda extranjera*. En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 237-287; RICO CARRILLO, Mariliana: *El cumplimiento electrónico de obligaciones dinerarias*. En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 649-674; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1282 al 1297*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1994; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 543 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 221-224; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 320-396; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 267-276; O’CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 441-449; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 71-78; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 120-208; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 109-125; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 101-112; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 127-168; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 149-173; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 185-233; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 241-270; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El pago en el nuevo Código Civil de Paraguay*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-45, [www.acaderec.org.ar](http://www.acaderec.org.ar); GIORGI, *ob. cit.*, pp. 19 y ss.; BENALCÁZAR K., Gonzalo: *El pago efectivo de las obligaciones*, <http://www.udea.edu.co/.../Vol%20XXI%20Rev%2062%20parte%203.pdf>; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, pp. 403-439.

<sup>29</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 441.

<sup>30</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 101; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 110; LASARTE, *ob. cit.*, p. 92; GIORGI, *ob. cit.*, p. 19; BENALCÁZAR K., *ob. cit.*, p. 244.

<sup>31</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 3; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 242, “el pago es el cumplimiento de la obligación... es el efecto normal de toda obligación y además la forma natural de extinguirla”.

<sup>32</sup> PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 675.

<sup>33</sup> Véase: LARENZ, *ob. cit.*, p. 408.

la obligación: la observancia de la conducta debida<sup>34</sup>. De allí que por ello, para algunos el pago constituye en verdad la única causa de extinción de las obligaciones que pudiera llamarse “natural” o normal” pues el cumplimiento en sentido estricto es únicamente voluntario<sup>35</sup>.

El pago es el modo extintivo por excelencia<sup>36</sup>, y difiere de todo otro modo extintivo, desde el momento que el pago, antes de ser un modo extintivo, es por sobre todas las cosas el cumplimiento de una obligación. Tanto es así que en obras modernas de obligaciones en el Derecho extranjero, no figura el pago entre los modos extintivos de las obligaciones, sino lisa y llanamente como cumplimiento. Pues “la obligación se ha creado para ser cumplida”<sup>37</sup>. Y la causa del pago ciertamente es la obligación<sup>38</sup>. De allí que en feliz expresión de Pothier el pago es “el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado”<sup>39</sup>.

Constituye pues el medio o modo voluntario por excelencia o antonomasia de cumplimiento de una obligación. Así entre otros Mélich Orsini titula el capítulo inicial de su obra “*el pago o cumplimiento de la obligación*”<sup>40</sup>, son sinónimos admite el autor<sup>41</sup>. Más precisamente se alude a “cumplimiento voluntario o pago”<sup>42</sup>, pero a la vez el modo normal de extinción del vínculo obligatorio<sup>43</sup>. Cumplimiento “*strictu sensu*” sólo lo es el voluntario. El denominado cumplimiento forzoso no es auténtico cumplimiento porque precisamente presupone el previo incumplimiento voluntario. Por lo que el pago o cumplimiento es la puesta en práctica de manera exacta de la prestación debida<sup>44</sup>.

<sup>34</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>36</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/.../2116-9-AP11-M-2011-000463.html> “se tiene el pago como la forma absoluta de extinción de las obligaciones contraídas mediante un negocio jurídico, es decir, la manera general y principal por excelencia de extinguir satisfactoriamente la obligación; Tribunal Primero de Primera Instancia del Circuito Judicial Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 13-1-14, Exp. GH31-V-2008-000008, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/740-13-GH31-V-2008-000008-2014-000002.HTML>; Juzgado Undécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-4-12, Exp. AH1V-V-2000-000103, <http://http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/2126-9-AH1B-V-2000-000103-.HTML>.

<sup>37</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 324; MOISSET DE ESPANÉS, *El pago...*, p. 4.

<sup>38</sup> BENALCÁZAR K., *ob. cit.*, p. 245.

<sup>39</sup> POTHIER, *ob. cit.*, p. 305.

<sup>40</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 1; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 267; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 71.

<sup>41</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 4; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *El concepto de medio de pago, su internacionalidad y el derecho internacional privado*. En: V Jornadas Aníbal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., 2014, p. 239; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 267.

<sup>42</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, p. 213.

<sup>43</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 320.

<sup>44</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 185 y 186.

No obstante, Lete refiere que el pago como cumplimiento personal o voluntario del deudor responde a la noción en sentido estricto, pues en un sentido amplio, el cumplimiento consiste en la satisfacción del interés del acreedor. El segundo incluye la posibilidad de que el deudor fuere compelido al pago judicialmente<sup>45</sup>. De allí que para algunos autores, pago y cumplimiento no son propiamente sinónimos pues el cumplimiento objetivo no está a cargo del deudor y el pago debe ser necesariamente “espontáneo”<sup>46</sup>.

Por lo que el pago puede definirse como el cumplimiento espontáneo de la prestación por parte del deudor o de un tercero<sup>47</sup>. Siendo el cumplimiento voluntario el cumplimiento por antonomasia pues generalmente cuando se alude a cumplimiento nos referimos a la realización voluntaria de la prestación<sup>48</sup>.

El cumplimiento es al mismo tiempo fin y medio, en el pago considerado en sentido estricto técnico-jurídico, el medio es siempre único y consistente en la realización de la prestación por el deudor en tanto que los fines son varios, principalmente satisfacer al acreedor<sup>49</sup>. De allí que se afirme que pago es cumplimiento de la prestación debida, e implica simultáneamente satisfacción y extinción<sup>50</sup>. También satisface al acreedor además del cumplimiento espontáneo de la obligación por parte del deudor, el cumplimiento por parte de un tercero.

### 3. Naturaleza jurídica<sup>51</sup>

Cuestión largamente debatida y elaborada es la naturaleza jurídica del pago. Y así por ejemplo ante la simple pregunta de si el pago puede ser realizado por un incapaz; quienes consideran que se trata de un hecho jurídico responderán afirmativamente, mientras que quienes consideran que se trata de un acto jurídico lo harán negativamente<sup>52</sup>.

Se cita la teoría del acto jurídico, del acto jurídico unilateral<sup>53</sup>, del acto jurídico bilateral, la teoría mixta, teoría del contrato, teoría del hecho jurídico, teoría del acto debido, teorías eclécticas<sup>54</sup>. La doctrina tradicional afirma su carácter convencional en el sentido que requiere el acuerdo de voluntades. Pero los autores modernos refieren otras concepciones por considerar que no siempre exige la voluntad del acreedor. Algunos ven en el pago un hecho jurídico basado en el *animus solvendi*. Otros perciben el mismo con

---

<sup>45</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>46</sup> Véase: ANNICCHIARICO, *Convivencia...*, pp. 253 y 254.

<sup>47</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 89.

<sup>48</sup> WAYAR, *ob. cit.*, p. 214.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>50</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, p. 21.

<sup>51</sup> Véase: BENALCÁZAR K., *ob. cit.*, pp. 249-264; Carnevali de Camacho, *El pago...*, pp. 22-30.

<sup>52</sup> WAYAR, *ob. cit.*, p. 231.

<sup>53</sup> Véase en este sentido: CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, p. 30.

<sup>54</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 231-254

naturaleza de acto negocial. Surge así la teoría del “acto debido”<sup>55</sup> que hace depender la liberación del deudor siempre que actúe en contenido de su obligación, siendo una variante la teoría del “acto con contenido predeterminado” que resalta que no se trata de un acto de autonomía<sup>56</sup>.

Para Moisset el pago es un acto jurídico bilateral, cuando para efectuarlo resulta necesaria la colaboración del acreedor, pues excepcionalmente el Juez suplente a éste<sup>57</sup>. Sin embargo, no siempre el pago precisa de la intervención del acreedor, pues ello sería confundir el pago con la prueba de éste. Y así por ejemplo, en materia de obligación negativa bien pudiera mediar un pago independientemente de la colaboración o voluntad del acreedor, que el deudor pudiera probar por cualquier medio de prueba distinto al típico recibo o finiquito, lo que haría dudar del carácter bilateral del pago<sup>58</sup>. De allí que autores como Acedo Penco apuntan a considerar el pago como un acto jurídico voluntario del deudor<sup>59</sup>.

Otros autores como Ghersi indican que no tiene sentido encasillar el pago como un acto jurídico pues existirán ocasiones en que así sea pero en otras asume la categoría de hecho jurídico como cuando un demente o un menor compran el diario<sup>60</sup>. En sentido semejante se pronuncia acertadamente Wayar que refiere que ninguna de las teorías que pretenden explicar la naturaleza del pago puede considerarse triunfadora pues el pago no tiene naturaleza única e idéntica en todas la hipótesis posibles; no es siempre un hecho, ni un acto unilateral o bilateral, ni un acto debido; puede adoptar cualquiera de estas formas dependiendo de la índole de la conducta debida y de las circunstancias en que deba ser prestada<sup>61</sup>. Y así se afirma que la teoría del acto jurídico se desvanece cuando el pago efectuado por un incapaz vale en la medida que le ha reportado un beneficio al acreedor<sup>62</sup>.

Y por tal la naturaleza jurídica del pago podría presentarse como acto jurídico, cuando por éste tenga lugar la extinción. Pero podrá ser un hecho jurídico en las obligaciones de omisión, en ciertas obligaciones de hacer en que por la naturaleza del contrato no se precisa de la voluntad, y también aquellos en que el pago se haya realizado en beneficio del incapaz, ya que por ser tal no puede ser sujeto pasivo de un acto jurídico. Ambas categorías forman parte del hecho jurídico. Se trata de conceptos que se

---

<sup>55</sup> Véase aludiendo a “acto debido” que produce efectos jurídicos: PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 187.

<sup>56</sup> MELICH ORSINI, *El pago...*, pp. 8-12; ANNICCHIARICO, *Convivencia...*, pp. 255-260, refiere que el cumplimiento se debate entre las posiciones de considerarlo un negocio jurídico bilateral, un negocio jurídico unilateral, o finalmente un “hecho jurídico”.

<sup>57</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 327.

<sup>58</sup> Véase: ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 130, el que paga absteniéndose no se puede decir que tal abstención constituya un negocio jurídico.

<sup>59</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 111.

<sup>60</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 298.

<sup>61</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 249 y 250.

<sup>62</sup> Véase: CC, art. 1283.

complementan para explicar la naturaleza jurídica del pago<sup>63</sup>, constituyendo una realidad vital que el dogmatismo no puede ignorar. El pago no se presenta como una realidad única; al contrario, las realidades que el pago puede ofrecer son diversas y admitirlo no constituye ningún despropósito<sup>64</sup>.

Indicaba Lagrange que la teoría de la naturaleza ecléctica del pago es muy difundida y puede encontrar apoyo en algunas normas del CC venezolano tales como los artículos 1285<sup>65</sup> y 1133<sup>66</sup> del CC.

#### 4. Funciones

Al pago se le reconocen generalmente varias funciones; una desde la perspectiva básica del acreedor, a saber, la función *satisfactiva* del pago, esencial en cualquier relación obligatoria; y otra desde la óptica del deudor, a saber, la función *liberatoria*<sup>67</sup>. A las anteriores se agrega la función *extintiva* porque origina la desaparición de la relación obligatoria<sup>68</sup>. Por lo que el pago satisface el interés del *accipiens* y libera al *solvens*<sup>69</sup>, desde el punto de vista jurídico.

El pago tiene respecto de otros modos de extinción de las obligaciones una supremacía incuestionable pues constituye el fin natural de la obligación; su muerte. Su fin primordial es extinguir la obligación agotado el vínculo que une a acreedor y deudor para restaurar una relación armónica. Pero indudablemente el pago también es un derecho del deudor a obtener su liberación y desgravar su patrimonio de la carga que todo crédito implica, siendo al mismo tiempo un acto de conservación del patrimonio, pues no cabe duda que un eventual incumplimiento pondría al deudor en peligro de ser ejecutado<sup>70</sup>.

El deudor tiene un interés jurídicamente reconocido en liberarse de la obligación mediante el pago o cumplimiento y no puede exigírsele que continúe siendo deudor. Por ello, el ordenamiento jurídico le proporciona un

<sup>63</sup> BENALCÁZAR K., *ob. cit.*, pp. 263 y 264.

<sup>64</sup> WAYAR, *ob. cit.*, p. 253, ¿Cómo sostener que el pago es siempre un acto jurídico si puede ser realizado por un incapaz o puede materializárselo mediante un acto involuntario?

<sup>65</sup> “El pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla. Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla”.

<sup>66</sup> “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico” (destacado nuestro).

<sup>67</sup> Véase: CANO HURTADO, María Dolores: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 156, <http://books.google.co.ve/books?isbn=8497725999> señala que el pago tiene doble función; una “*liberatoria*” para el deudor y otra “*satisfactiva*” para el acreedor; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 110.

<sup>68</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 186.

<sup>69</sup> WAYAR, *ob. cit.*, p. 227. Véase señalando funciones extintiva, liberatoria y satisfactoria: Sents 26-4-10, <http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/ABRIL/555-27-12C-21247-09-N%C2%BA14-10.HTML>; Sent. 7-5-10, <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MAYO/555-20-12C-14082-08-N%C2%BA18-10.HTML> (dato incompleto en la web).

<sup>70</sup> WAYAR, *ob. cit.*, p. 228.



procedimiento o mecanismo de liberación coactiva, a saber, el ofrecimiento de pago y la consignación<sup>71</sup>. El deudor no sólo tiene interés en liberarse de la obligación sino que también tiene derecho a ello<sup>72</sup>.

Así pues el efecto satisfactivo del pago se entiende fácilmente por constituir más que un modo de extinción de las obligaciones, el cumplimiento por antonomasia, esto es el cumplimiento normal y voluntario que logra la máxima satisfacción para el acreedor, a diferencia de otros modos de extinción de las obligaciones que pretenden la satisfacción del acreedor como es el caso de la dación en pago. De otra parte, en efecto el pago tiene el notable efecto de liberar al deudor, de allí su interés en el mismo lo cual se justifica en figuras como la oferta real de pago.

A lo anterior algunos agregan que el pago además de lo jurídico presenta también una importante función *económica y social*. Según la moderna concepción del Derecho de Obligaciones la relación obligacional constituye un instrumento para la cooperación social cuyo cumplimiento supone que los miembros del cuerpo social vivan en armonía. Por otra parte, el incumplimiento constituye un serio obstáculo para el funcionamiento regular de cualquier sistema económico<sup>73</sup>.

## 5. Condiciones o requisitos<sup>74</sup>

5.1. *Una obligación válida preexistente*<sup>75</sup>. El pago presupone una obligación no afectada de nulidad. Wayar alude a este punto causa-fuente o hecho generador, pues no se concibe el pago sin una obligación preexistente. Pues cuando ella no existe el pago es nulo<sup>76</sup>.

5.2. *La intención de pagar o de extinguir la obligación*<sup>77</sup>. Se le denomina "*animus solvendi*"<sup>78</sup>. Sobre la intención de pagar, se indica que además del elemento material, el pago precisa de un elemento intencional<sup>79</sup>. Tal aspecto lo asocia Wayar a la causa-fin que es la finalidad de extinguir el vínculo; el ánimo de querer realizar el pago. Pero aclara que finalidad y ánimo no deben ser asimilados<sup>80</sup>.

<sup>71</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 116.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>73</sup> WAYAR, *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

<sup>74</sup> Véase: BENALCÁZAR K., *ob. cit.*, pp. 246-249; CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 35-99; Juzgado Décimo de Municipio Ejecutor de Medidas en Función Itinerante de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-6-15, Exp. 12-0698. <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/2137-26-12-0698-HTML>. "El pago está constituido por diversos elementos: una obligación válida. La intención de extinguir la obligación. Los sujetos del pago (solvens y accipiens). El objeto del pago".

<sup>75</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 35 y 36.

<sup>76</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 255 y 256.

<sup>77</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 36 y 37.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>79</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>80</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 256-258.

5.3. *Los sujetos del pago*. Son dos: *solvens* quien paga aunque no sea deudor y *accipiens* que recibe pago aunque no sea acreedor.

5.4. *Objeto del pago*<sup>81</sup>, cosa o conducta (prestación) que se ha comprometido deudor a realizar o a omitir.

5.5. *Tiempo y lugar* es incluida por algunos autores<sup>82</sup>.

## 6. Sujetos o legitimados<sup>83</sup>

6.1. *Solvens*: se refiere a las personas que pueden efectuar el pago. Dispone el artículo 1283 CC: “*El pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés en ello, y aun por un tercero que no sea interesado, con tal que obre en nombre y en descargo del deudor, y de que si obra en su propio nombre no se subroga en los derechos del acreedor*”.

De tal norma, se derivan los sujetos o personas que pueden efectuar el pago.

6.1.1. *El deudor*

6.1.2. *Tercero*<sup>84</sup> *interesado*<sup>85</sup> (se subroga en los derechos del acreedor)<sup>86</sup>.

6.1.3. *Tercero no interesado*<sup>87</sup> (puede actuar en nombre y descargo del deudor –esto es mandatario o gestor– o puede actuar en nombre propio, no puede subrogarse al acreedor a menos que éste lo autorice), según dispone el citado artículo 1283 CC. El pago del tercero no puede haber operado por error pues en tal caso aplicaría el artículo 1178 del CC a los fines de la repetición de lo pagado<sup>88</sup>.

<sup>81</sup> Véase: *ibid.*, pp. 358 y ss.; CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 38-66.

<sup>82</sup> Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>83</sup> Véase: MELICH ORSINI, *El pago...*, pp. 83 y ss.; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 299-304; CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 66-79; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 111; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 152-157.

<sup>84</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, p. 225, cuando la satisfacción del acreedor adviene por ejemplo mediante el llamado “pago por tercero” es necesario asignarle un sentido más amplio al “cumplimiento” para que estas figuras u otras puedan comprenderse dentro de él; Palmero, Juan Carlos: *El cumplimiento por un tercero*. Buenos Aires, Depalma, 1973.

<sup>85</sup> Véase sobre el tercero interesado en el pago: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 291 y ss., cita la tesis restringida según la cual el tercero interesado solo incluye cierto número de supuestos; por oposición a la tesis amplia que lo define como “todo aquel que obtiene un beneficio lícito como consecuencia del pago”; LAGRANGE, *Apuntes...*, entre los terceros interesados cita los casos de pago con subrogación: fiador, deudor solidario, adquirente de una cosa hipotecada, tercero acreedor del deudor; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 67-71.

<sup>86</sup> Véase *infra* tema 18.2; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 300 y 301.

<sup>87</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 314 y ss. Concepto que se obtiene por exclusión, es tal quien no es parte ni tercero interesado. El pago le es patrimonialmente irrelevante; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 71-74, distingue el tercero no interesado que paga en nombre y en descargo del deudor, en cuyo caso el tercero puede inclusive acudir a la oferta real; el tercero no interesado que actúa en nombre propio tiene derecho a que no se rechace su pago pero no puede pretender subrogación contra la voluntad del acreedor. La excepción es la obligación de hacer personalísima.

<sup>88</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 301.

El pago por parte del tercero es generalmente aceptado por las legislaciones<sup>89</sup>, de allí que la ley presume que el pago no es *intuitu personae*<sup>90</sup>. El fundamento de que pueda pagar cualquier persona tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación reside en que tendiendo la prestación a satisfacer un interés del acreedor, este no debe importarle quien la realice<sup>91</sup>. De allí que cualquiera que sea la persona que pague, el acreedor está obligado a aceptarle el pago, salvo en ciertas obligaciones de hacer, en las cuales hay un interés particular en que sea ejecutada por el deudor<sup>92</sup>. Por lo que por excepción las obligaciones personalísimas (CC, art. 1284<sup>93</sup>) no pueden ser delegadas sin perjuicio de acudir a agentes de ejecución<sup>94</sup>. De allí que la fungibilidad sea presupuesto básico del cumplimiento por parte del tercero<sup>95</sup>. El tercero puede pagar pues se afirma que si bien los protagonistas principales del pago son acreedor y deudor, no es óbice para que lo pueda realizar un tercero<sup>96</sup>.

El artículo 1285 CC indica: “*El pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla. Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla*”. La norma se refiere exclusivamente a las obligaciones de dar. Si el pago se ha hecho con dinero u otra cosa consumible y el acreedor ha consumido la cosa de buena fe, es válido el pago porque el consumo despoja la nulidad de todo interés práctico. Y entonces la ley excluye la posibilidad de repetir lo pagado. La norma exige que el *solvens* sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla. De lo contrario el contrato estará viciado de nulidad relativa<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> Véase: SERRANO HERRERA, Claudia: *La legitimación para el pago de un tercero*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Valparaíso, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, pp. 137-211, <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n37/a04.pdf>. La posibilidad de realizar el pago un tercero fue admitida desde los orígenes del Derecho romano y se encuentra ampliamente reconocida en todas las legislaciones (*ibid.*, p. 143).

<sup>90</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 299.

<sup>91</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 143.

<sup>92</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 501.

<sup>93</sup> “*La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor*”.

<sup>94</sup> Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, el pago puede ser hecho por un mandatario o también por un agente de ejecución. Ello siempre que no se trate de una obligación personalísima, a menos que en éste caso, el deudor conserve el control en la dirección de la ejecución. Ej. El paciente que se somete a una intervención de cirugía pero esto no implica que el cirujano no puede hacerse ayudar por personas cuya actividad él dirija. No está excluido que intervengan así agentes de ejecución siempre que su actuación sea secundaria y continúe ocupando un primer plano la actividad del deudor.

<sup>95</sup> PALMERO, *El cumplimiento por un tercero...*, pp. 23-27.

<sup>96</sup> LASARTE, *ob. cit.*, p. 94.

<sup>97</sup> Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, pero si el incapaz es el solvens, raramente éste hará valer esa incapacidad, pues el resultado al cual eso conduciría es que tendrá que volver a pagar; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*,

6.2. *Accipiens*<sup>98</sup>: Es la persona que puede recibir el pago, a saber, el acreedor, el autorizado por el acreedor, la autoridad judicial o la ley.

6.2.1. *Pago efectuado al propio acreedor o al representante del acreedor*: esto es quien al momento del pago tiene el derecho de crédito. También es acreedor el causahabiente a título universal de éste o heredero, el causahabiente a título particular como es el cesionario del crédito, el adjudicatario, el endosatario del título nominativo y el poseedor del título al portador. El artículo 1286 CC dispone: “*El pago debe hacerse al acreedor o a una persona autorizada por el acreedor mismo, por la Autoridad Judicial o por la Ley para recibirlo...*”.

La ley también se refiere al pago a una *persona autorizada por el acreedor* que puede ser mandatario en cuyo caso éste debe tener facultad o poder para recibir el pago y liberar al deudor. También se admite que puede ser una persona indicada por el acreedor de acuerdo con el deudor, aunque no se trata de un representante del acreedor por lo que presenta una fisonomía especial<sup>99</sup>. La norma alude a persona autorizada por *la ley* en el que cabe el representante legal del acreedor, a saber, progenitores, tutor, etc. Y a la autoridad judicial por ejemplo, cuando se trata de un crédito embargado y la *autoridad judicial* designa depositario, el administrador nombrado por el Juez o el curador de la herencia yacente<sup>100</sup>.

6.2.2. *Pago efectuado a un tercero no autorizado*<sup>101</sup>, es válido cuando lo ratifica (expresa o tácitamente) o se aprovecha de él<sup>102</sup> (CC, art. 1286 CC), por ejemplo, pagar al acreedor del acreedor el cual podría tener el efecto de liberar al acreedor (lo contrario sería un enriquecimiento sin causa), reparaciones de las que se benefició el acreedor<sup>103</sup>.

6.2.3. *Pago efectuado al acreedor putativo o aparente*<sup>104</sup>: El acreedor putativo o aparente es aquel que está en posesión del crédito. El pago a este es

p. 300; WAYAR, *ob. cit.*, p. 266, no debe confundirse la capacidad para contraer obligaciones con la capacidad para contraer pagos.

<sup>98</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 86-99; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 301-304.

<sup>99</sup> Refería Lagrange que esta figura la denominaban los romanos “*ad jectus*” *solucionis causa*, figura sobre la cual el CC no contiene no disposición alguna, pero es perfectamente lícita. No se trata de un representante del acreedor sino que recibe el pago en nombre propio; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 88, comprende la representación convencional (para algunos es suficiente un poder general), así como la persona autorizada por el acreedor.

<sup>100</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 90 y 91.

<sup>101</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 352 y ss.; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 91-93; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 303.

<sup>102</sup> Véase: CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 92, si por ejemplo con el pago se ha extinguido una deuda del acreedor que él tenía interés en satisfacer, si se han hecho reparaciones a sus propiedades, etc. Solución equitativa que tiene su base en la prohibición de enriquecimiento sin causa.

<sup>103</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 303.

<sup>104</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 343 y ss. Se llama acreedor aparente al tercero que de hecho ostenta la calidad de acreedor, aunque en realidad, y conforme al derecho no lo sea; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 157; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 93-96, se precisa tomar un mínimo

válido en caso de buena fe del deudor (CC, art. 1287<sup>105</sup>)<sup>106</sup> aunque el acreedor haya sufrido después evicción<sup>107</sup>. Se debe precisar una causa razonable que propicie la apariencia. Por ejemplo el heredero aparente<sup>108</sup> (CC, art. 1001).

6.2.4. *El pago efectuado por el deudor al acreedor no obstante el embargo de la deuda* no es válido respecto al acreedor embargante por lo que debe pagar de nuevo no obstante su recurso contra acreedor original (CC, 1289<sup>109</sup>).

6.2.5. *Pago efectuado a un incapaz de obrar*. El pago precisa que el acreedor sea capaz<sup>110</sup> salvo que se pruebe utilidad<sup>111</sup> (CC, 1288<sup>112</sup>). Por lo que en principio, el pago hecho a un acreedor incapaz no libera al deudor, por lo que éste debe asegurarse de la capacidad del acreedor<sup>113</sup>.

## 7. Principios

En cuanto a los principios que rigen respecto del pago, cabe citar:

En el principio de la IDENTIDAD<sup>114</sup> por el cual se afirma que el objeto del pago debe ser idéntico a la prestación debida. No se puede pretender pagar o cumplir con una prestación distinta a la pactada. Así lo prevé el artículo 1290 CC: “No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la

de precauciones para constatar la veracidad de la situación (*ibid.*, p. 95); MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 303 y 304.

<sup>105</sup> “El pago hecho de buena fe a quien estuviere en posesión del crédito, es válido, aunque el poseedor haya sufrido después evicción”.

<sup>106</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 95, se trata fundamentalmente de un régimen de protección del deudor de buena fe.

<sup>107</sup> La evicción supone la pérdida de derecho por sentencia. Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 85.

<sup>108</sup> Véase: TARDIVO, Renato: *L'erede apparente*. Studio di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi, Vol. IV, Pubblicazione dell'Istituto di Diritto Commerciale Comparato Della R, Università Di Pavia. Cedam, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1932, p. 31, el heredero aparente es aquel que se comporta como heredero sin realmente serlo, su condición se deriva no tanto de su afirmación como de *communis opinio*, de la estimación general.

<sup>109</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 303; RENGEL-ROMBERG, Arístides: *La oposición al pago ex artículo 1289 del Código Civil*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 148, enero-junio 1991, pp. 121-130.

<sup>110</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 127, en el mismo sentido, para efectuar un pago válido se precisa ser capaz; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, pp. 96-99.

<sup>111</sup> Por ejemplo, que ingresó a su cuenta bancaria. Véase: ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 85, el deudor puede oponer la utilidad obtenida por el acreedor, en la medida en que se haya producido; LASARTE, *ob. cit.*, p. 95; CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 98, que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor, vale decir, demuestra el empleo útil dado al pago efectuado, por ejemplo se han realizado reparaciones en sus bienes, o trabajos necesarios, o ha sido satisfecha alguna deuda suya o se ha empleado el producto del pago en la adquisición de bienes para el incapaz. Se basa también en la prohibición de enriquecimiento sin causa.

<sup>112</sup> “El pago hecho al acreedor no es válido, si éste era incapaz de recibirlo, a menos que el deudor pruebe que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor”.

<sup>113</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *Naturaleza...*, p. 97.

<sup>114</sup> Véase: WAYAR, *ob. cit.*, pp. 361 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 158 y 159; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 729.

que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquella”. La norma debería aludir a “prestación” y no limitadamente a “cosa”, toda vez que existe la posibilidad de dación en pago que consiste en pagar con una prestación distinta a la debida. Lo pagado de más está sujeto a repetición (CC, art. 1178<sup>115</sup>).

También se alude en el mismo sentido al principio de la EXACTITUD, para denotar que se requiere una perfecta adecuación entre la prestación determinada al momento de constituirse la obligación y la prestación efectivamente realizada o ejecutada al tiempo del pago o cumplimiento de la misma<sup>116</sup>. De conformidad con el artículo 1264 CC las obligaciones deben ser cumplidas como han sido contraídas. No cabe pretender pagar con una prestación distinta aunque sea de valor mayor<sup>117</sup>, sin perjuicio de la posibilidad de “dación en pago”<sup>118</sup>. Identidad y exactitud se presentan similares, o más bien como sinónimos.

Se alude también a la INTEGRIDAD DEL PAGO<sup>119</sup>, en virtud del cual se afirma que el pago debe ser íntegro o completo, por lo que no se puede pretender un pago incompleto o constreñir al acreedor a recibir parte del pago. El acreedor tiene derecho al “pago integral”. De allí que por ejemplo, indicáramos la indexación o corrección monetaria cuenta entre su fundamento el principio del pago integral, pues un monto depreciado por la inflación una vez que se ha incurrido en mora, no constituye un pago integral<sup>120</sup>. La integridad del pago puede tener excepciones en la autonomía de la voluntad y en la ley<sup>121</sup>.

A tono con lo anterior y casi en la misma idea, se alude a la INDIVISIBILIDAD<sup>122</sup>, aunque de diferencia sutil con la integridad, la indivisibilidad es una unidad temporal de la obligación en el tiempo aunque admite excepciones<sup>123</sup>. Así prevé el art. 1291 CC: “El deudor no puede constreñir al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque ésta fuere divisible”. Las excepciones son la compensación parcial (1332 CC), la existencia de una

---

<sup>115</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 172.

<sup>116</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 120; LASARTE, *ob. cit.*, p. 99.

<sup>117</sup> OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 103, aunque ciertamente el acreedor puede aceptar una distinta dando lugar la “dación en pago”.

<sup>118</sup> Véase *infra* tema 19.3.

<sup>119</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, pp. 277-285; WAYAR, *ob. cit.*, pp. 376 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 159; VAQUER ALOY, *El ofrecimiento...*, p. 83.

<sup>120</sup> Véase *supra* tema 5.6.

<sup>121</sup> WAYAR, *ob. cit.*, pp. 380-383, agrega el Juez por aplicación de la ley.

<sup>122</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 444 y 445; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 159 y 160; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 190 y 191; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 730 y 731.

<sup>123</sup> MOISSET DE SPANÉS, *ob. cit.*, T. II, p. 331, pudiera tener excepción en la voluntad de las partes, la compensación y la ejecución forzada.

pluralidad de deudores, la muerte del deudor en una obligación divisible<sup>124</sup> y los casos en que la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida (1292<sup>125</sup> CC).

Así pues, la identidad o exactitud, la integridad y la indivisibilidad se refieren como los principios jurídicos del pago<sup>126</sup>.

## 8. Objeto<sup>127</sup>

El objeto del pago consiste en el cumplimiento de la prestación debida. Esto es, el objeto del pago es la ejecución efectiva del objeto o prestación. La doctrina distingue según se trate de obligaciones positivas o de obligaciones negativas. Recordemos que las primeras puede ser “dar” o de “hacer”.

Cabe citar varias reglas en obligaciones de dar<sup>128</sup> a propósito del pago:

*\*Pago de una deuda de cuerpo cierto:* si se trata de la entrega de cosa cierta y determinada se liberta al tiempo de la entrega en el estado en que se encuentra y los deterioros posteriores no se deben a su culpa.

Dispone el artículo 1293 CC: “*Si deudor de una cosa cierta y determinada se liberta entregándola en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros*” (CC, art. 1293). El pago en las obligaciones de dar, acontece mediante el consentimiento legítimamente manifestado (CC, 1161). Esas obligaciones de dar llevan consigo las llamadas obligaciones consecuenciales de hacer como entregar la cosa y conservarla (CC, art. 1265 párrafo)<sup>129</sup>.

*\*Pago de una deuda de cosa genérica:* si es cosa determinada en especie cuando se trata de cosas *in genere*, efectúa el pago sin que esté obligado a dar ni de la mejor calidad ni la de peor. Así lo prevé el art. 1294 del CC “*Si la deuda es de una cosa determinada únicamente en su especie, el deudor, para libertarse de la obligación, no está obligado a dar una de la mejor calidad ni puede dar una de la peor*”.<sup>130</sup> El deudor podrá liberarse pagando una cosa de calidad media. Se citan como excepciones: cosas *in genere* a elección, obligaciones facultativas y mutuo. En la venta a prueba no es dado

<sup>124</sup> La regla es que al morir el deudor, la deuda se divide entre sus herederos de acuerdo con la cuota que a estos corresponda en la herencia, salvo que se trate de una obligación indivisible. Caso en el cual cada heredero queda obligado por la totalidad de la obligación. No en cambio cuando hay solidaridad que la deuda se divide entre los herederos del deudor solidario. Véase *supra* tema 5.3 y 5.4.

<sup>125</sup> “*Si la deuda fuere en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor y hacerse por el deudor el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda efectuarse el de la parte ilíquida, si no apareciere que debe procederse de otro modo*”.

<sup>126</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 175; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pp. 92 y 93, sin embargo los principios de integridad e indivisibilidad no tienen carácter absoluto.

<sup>127</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.; CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 38-66.

<sup>128</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 40-44; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 305 y 306.

<sup>129</sup> Véase *supra* tema 5.1.1.

<sup>130</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 27.

al vendedor liberarse sino entregando las cosas que comprobadas por él comprador se reconocen de la calidad pactada.<sup>131</sup>

\**Sobre el pago de las obligaciones de hacer*<sup>132</sup>. En las obligaciones positivas de hacer rige igualmente la integridad del pago, pero no puede efectuarse contra la voluntad del deudor por un tercero si el acreedor tiene interés en que la cumpla el deudor (CC, art. 1284), es decir, se trate de una obligación infungible.

El deudor debe cumplir la actividad debida, pero como nadie puede ser obligado a la ejecución personal de un hecho o actividad, la intervención jurisdiccional se limita a lograr la satisfacción sustitutiva del acreedor en caso de tratarse de una actividad fungible (CC, art. 1266)<sup>133</sup>. Se afirma que si el acreedor de una obligación de hacer rechaza el ofrecimiento de pago por parte de un tercero, deberá demostrar su interés en el cumplimiento personal del deudor<sup>134</sup>.

\**Sobre el pago de las obligaciones de no hacer*<sup>135</sup>: Rigen igualmente las normas generales del pago<sup>136</sup> que incluye al acreedor ser autorizado al cumplimiento por cuenta del deudor<sup>137</sup>. La doctrina no desarrolla aquí el pago porque consiste en un abstenerse. Indicamos que para la generalidad de la doctrina no se concibe que el deudor incurra en mora pues solo puede haber incumplimiento absoluto. Pero compartimos la tesis según la cual es factible el incumplimiento inexacto que incluye la mora en las obligaciones negativas en aquellos casos en que el acreedor siga manteniendo interés en el cumplimiento de la obligación<sup>138</sup>.

\**Sobre el pago de las obligaciones pecuniarias*<sup>139</sup>: Cabe recordar que si el pago de la deuda de dinero, tiene lugar una vez que se ha incurrido en mora, está sujeto a corrección monetaria o indexación, amén del interés legal<sup>140</sup>. Al efecto se afirma: “Ciertamente, se hace necesario reformar o enmendar la normatividad vigente a través de mecanismos que permitan la reajustabilidad del valor de las deudas de sumas de dinero, adecuando los dispositivos legales a los fenómenos económicos, lo cual tiene fundamento

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 29; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 305 y 306.

<sup>132</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 45-49; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 306.

<sup>133</sup> CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 45-47. Véase *supra* tema 6.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp. 50-53.

<sup>136</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La obligación negativa...*, pp. 84 y 85; WAYAR, *ob. cit.*, p. 226, el asunto no ha trascendido mayormente quedando siempre en el ámbito de las lucubraciones teóricas. No es legítimo sostener que las obligaciones de no hacer escapan a la fuerza cancelatoria del pago aunque algunas normas no se refieran expresamente a ellas.

<sup>137</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>138</sup> Véase *supra* tema 9.

<sup>139</sup> Véase: CARNEVALI DE CAMACHO, *El pago...*, pp. 53-66.

<sup>140</sup> Véase *supra* tema 5.6.



en razones de necesidad social y equidad y encuentran su solución en el principio valorista”<sup>141</sup>.

## 9. Tiempo<sup>142</sup>

En torno al tiempo del pago aplica la autonomía de la voluntad<sup>143</sup>. Depende de lo que se haya convenido y de la naturaleza de la obligación, así como del cumplimiento del término o de la condición. A dicha normativa nos referimos anteriormente a propósito de las obligaciones a término<sup>144</sup>.

Dispone el artículo 1212 CC: “*Cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal*”.

Según la norma, si no se estipula plazo, la obligación debe cumplirse de inmediato. No obstante es posible que dada la naturaleza de la obligación (por ejemplo, construir una casa o escribir un libro) se precise un lapso para cumplirla, en cuyo caso lo fijará el Tribunal (tanto si no se ha fijado plazo como se hubiere dejado a la voluntad del deudor, esto último a fin de evitar que la obligación dependa de su exclusiva voluntad). Así pues, en caso de duda se refiere la intervención del Juez<sup>145</sup>.

Si se fija término debe cumplirse al vencimiento del mismo. El pago por anticipado<sup>146</sup> es válido pues se entiende que el deudor ha renunciado al beneficio del término que le beneficia. Pero puede ser susceptible de empobrecer al deudor en cuyo caso excepcional tiene derecho a reclamar la medida de su perjuicio y enriquecimiento del otro (CC, art. 1213<sup>147</sup>).

El término puede ser *convencional, legal o judicial* y en principio es en beneficio del deudor (CC, art. 1214) lo que se conoce como *favor debitoris*<sup>148</sup>, salvo en caso de contratos como el mutuo (CC, art. 1741) y el depósito (CC, art. 1771).

Cabe recordar el supuesto de “caducidad” del término o plazo<sup>149</sup>, que acontece cuando el deudor insolvente y disminuye garantías (CC, art. 1215).

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>142</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 135-147; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 307; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 731.

<sup>143</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 288.

<sup>144</sup> Véase *supra* tema 5.2.2.

<sup>145</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 145-147, indica que tal intervención genera dudas pudiendo tener carácter declarativo o determinativo-constitutivo.

<sup>146</sup> Véase *supra* tema 5.2.2.3.

<sup>147</sup> “*Lo que se debe en un término fijo no puede exigirse antes del vencimiento del término; pero no se puede repetir lo que se ha pagado anticipadamente, aunque el deudor ignorase la existencia del plazo. Sin embargo, si el deudor pagó ignorando el término, tiene el derecho de reclamar, en la medida de su perjuicio, el enriquecimiento que su pago anticipado haya procurado al acreedor*”.

<sup>148</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>149</sup> Véase *supra* tema 5.2.2.3.

El incumplimiento culposo del tiempo del pago puede determinar la mora<sup>150</sup>, pues vale recordar que el tiempo es importante para el Derecho y de ello no escapa el cumplimiento de la obligación.

### 10. Lugar<sup>151</sup>

Dispone el artículo 1295 del CC: “*El pago debe hacerse en el lugar fijado por el contrato. Si no se ha fijado el lugar, y se trata de cosa cierta y determinada, el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época del contrato. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo lo que se establece en el artículo 1528*”.

El lugar del pago es determinante y de vital importancia práctica y económica<sup>152</sup>. En principio el pago debe hacerse en el lugar convenido, en el título constitutivo de la obligación. “El momento en que debe y puede efectuarse el pago depende de lo pactado y de la propia naturaleza de la obligación”<sup>153</sup>. Por lo que primeramente se atenderá a la voluntad de las partes si han fijado el lugar de pago<sup>154</sup>.

Si nada se ha estipulado prevé el art. 1295 CC tratándose de cosa cierta y determinada el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época de la celebración del contrato. En los demás casos se atenderá al domicilio del deudor, esto es, a su principal sede jurídica<sup>155</sup>.

Finalmente, la norma deja a salvo lo relativo a la materia del contrato de compraventa, en que debe tomarse en cuenta el artículo 1528<sup>156</sup> del CC según el cual a falta de estipulación distinta de las partes pues se trata de una norma dispositiva, el lugar de pago, será donde debe hacerse la tradición. El principio del domicilio del deudor tiene como excepción que la ley fije otro. Por ejemplo, el artículo 1744 del CC que establece en materia de mutuo que se debe pagar en el lugar donde se hizo el préstamo.

Cabe citar también el Artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado: ‘*Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes...*’ se observa que las mismas disponen como principio general, que las obligaciones se cumplen en el lugar que hubieren fijado las

<sup>150</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>151</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 125-134; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 308.

<sup>152</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>153</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>154</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 293, aplica igualmente la autonomía de la voluntad; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar y otros, *ob. cit.*, p. 65, se trata de una norma dispositiva.

<sup>155</sup> Véase sobre la sede jurídica, nuestros trabajos: *La sede jurídica...*, *ob. cit.*, pp. 449-495; *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 164-195.

<sup>156</sup> “*Cuando nada se ha establecido respecto de esto, el comprador debe pagar en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición. Si el precio no ha de ser pagado en el momento de la tradición, el pago se hará en el domicilio del comprador según el artículo 1295*”.

partes en un contrato y al no constar de manera expresa éste, debe ser en el domicilio del obligado<sup>157</sup>.

### 11. Gastos<sup>158</sup>

De conformidad con el artículo 1297<sup>159</sup> del CC son en principio a cuenta del deudor<sup>160</sup>, en virtud del principio de la integridad del pago<sup>161</sup>, salvo que la ley o las partes prevean algo distinto dado el carácter dispositivo de la norma.

### 12. Prueba<sup>162</sup>

La prueba del pago le corresponde al deudor, y por tal debe exigir el instrumento u otra prueba que acredite el mismo. Recordemos el citado 1354 del CC a propósito de la prueba de las obligaciones: “*Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla y quien pretenda haber sido libertado de ella debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación*”. En sentido semejante se aprecia el artículo 506 del CPC<sup>163</sup>.

Son admisibles todos los medios de prueba aunque la prueba por excelencia es el recibo firmado por el acreedor<sup>164</sup>. La carga de la prueba de la obligación pesa sobre el acreedor pero sobre el deudor pesa la carga de la prueba del pago. El pago constituye un hecho extintivo positivo de la obligación<sup>165</sup>.

Debe el deudor exigir recibo de finiquito y es una de las obligaciones o deberes del acreedor entregarlo. Refiere Mélich que no existe disposición que estipule recibo de la prueba de obligación de hacer, pero debe reputarse al acreedor incurso en incumplimiento de sus obligaciones en violación del principio de la buena fe<sup>166</sup> que impone el artículo 1160 del CC. Lo mismo vale obviamente para las obligaciones negativas en las que el acreedor debe suministrar el correspondiente recibo de pago.

El recibo es el modo ordinario de la prueba del pago sin perjuicio de que se pueda probar por cualquier medio admitido en derecho<sup>167</sup>. El recibo es

<sup>157</sup> TSJ/SConst., Sent. 1641 del 2-11-11, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1641-21111-2011-09-1380.html>

<sup>158</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 306 y 307.

<sup>159</sup> “*Los gastos del pago son de cuenta del deudor*”.

<sup>160</sup> Véase igualmente en el Derecho español: ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>161</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>162</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp 153-157; WAYAR, *ob. cit.*, pp. 448 y ss. La prueba del pago debe ser aportada por el deudor; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 202-206; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 212 y 213; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 738.

<sup>163</sup> Véase *supra* tema 6.5.

<sup>164</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>165</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 202.

<sup>166</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 25. Véase sobre la buena fe: LLANOS LAGOS, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. II, pp. 358-364.

<sup>167</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 104; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 122.

el documento por medio del cual el destinatario del pago reconoce que el cumplimiento ha tenido lugar<sup>168</sup>.

Vale recordar la limitación relativa a la prueba de testigos en obligaciones mayores de 2.000 bolívares prevista en el artículo 1387 del CC que se considera acertadamente extensible a la extinción del vínculo<sup>169</sup>, a diferencia del Código Mercantil<sup>170</sup>. Se discute si el acreedor debe devolver el instrumento donde consta obligación<sup>171</sup>, y la buena fe apuntaría a responder afirmativamente, toda vez que de ella deriva la obligación cumplida o pagada. El Código de Comercio en materia mercantil contiene una disposición expresa en el artículo 117<sup>172</sup>.

El deudor tiene a su favor el artículo 1296 CC: *“Cuando la deuda sea de pensiones o de cualquiera otra clase de cantidades que deben satisfacerse en períodos determinados, y se acreditare el pago de las cantidades correspondientes a un período, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario”*.

Así como la presunción del artículo 1379 CC: *“Toda anotación puesta por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de su título de crédito, cuando tiende a demostrar la liberación del deudor, hace fe, aunque no lleve la fecha ni la firma del acreedor, con tal que el título haya permanecido siempre en sus manos. Lo mismo sucederá con las anotaciones puestas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un título personal al deudor, o de un recibo precedente, con tal que este documento se encuentre en manos del deudor”*.

### 13. Efectos<sup>173</sup>

En el pago se distinguen efectos *ordinarios* y *extraordinarios*. Entre los ordinarios se ubica que el pago total obviamente extingue la obligación y el pago parcial extingue la deuda solo por parte correspondiente. Algunos incluyen en los efectos extraordinarios del pago el pago con subrogación

<sup>168</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>169</sup> ANNICHARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 101 y 102.

<sup>170</sup> Véase C.Comercio, artículo 128, *“La prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera que sea el importe de la obligación o liberación que se trate de acreditar, y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos de disposición contraria de la ley”*; <http://guarico.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/JUNIO/396-15-3139-04.-02-150605.HTML> (dato incompleto en la web).

<sup>171</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 309, para algunos la respuesta debe ser afirmativa, por cuanto no hay razón alguna para que el acreedor deba retener el título, a menos que en dicho título consten obligaciones distintas a la extinguida; o se hubiere perdido o extraviado sin culpa del acreedor, o éste se encuentre legítimamente impedido de restituirlo. Salvo en los casos en que la ley consagra expresamente el derecho del deudor a recobrar el título de la deuda (como ocurre en materia mercantil con algunos títulos de crédito), la jurisprudencia y la doctrina oscilan, y en algunos casos se inclinan por recocer el derecho del deudor a recobrarlo, no admiten que la negativa de entrega del acreedor puede justificar la negativa del deudor a no cumplir.

<sup>172</sup> *“El deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo y no está obligado a contentarse con la simple devolución del título de la deuda sin la nota de pago”*.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pp. 308 y 309.

que veremos de seguidas. Algunos agregan como efecto “*accidental*”, la posibilidad de acudir al procedimiento de oferta real y depósito subsiguiente.

## 14. Imputación de pagos<sup>174</sup>

### 14.1. *Noción*

Imputar un pago supone señalar y designar a cuál deuda debe aplicarse un pago, cuando el deudor tiene contra sí varias obligaciones a favor del mismo acreedor. Por lo que acontece cuando un deudor tiene distintas deudas homogéneas con un mismo acreedor y realiza una prestación parcial a favor de éste, planteándose entonces a cuenta de cuál se ha realizado dicho pago. Esto es se precisa saber a cuál deuda se “*imputa*” ese pago.

La “*imputación* consiste en la designación de la deuda a que ha de aplicarse el pago y se realiza cuando el deudor tiene varias obligaciones en favor del mismo acreedor”<sup>175</sup>. Supone una designación o señalamiento al momento del pago de la deuda a la que haya de aplicar la prestación verificada por el deudor<sup>176</sup>. Se precisa pues pluralidad de deudas de la misma especie y que el pago no cubra todas ellas total o parcialmente<sup>177</sup>. El cumplimiento efectuado debe ser insuficiente para cubrir todas las deudas, dado que si alcanzara no cabría aplicar la presente figura<sup>178</sup>. Su regulación se ubica en los artículos 1302 a 1304 del CC bajo el título “*De la imputación de pagos*”. La imputación puede hacerse por el deudor, por el acreedor y por la ley<sup>179</sup>.

Finalmente, el supuesto se contrae a un pago efectuado voluntariamente, por lo que no cabe extenderlo a la ejecución forzada o situaciones como las que se producen cuando se ha declarado el estado de atraso o quiebra<sup>180</sup>.

### 14.2. *Requisitos*

La imputación de pagos precisa como requisitos de procedencia:

- Existencia de *dos* o más *obligaciones* entre un *solo deudor* y un *solo acreedor*.
- Que se trate de obligaciones *homogéneas*. Deben ser de la misma naturaleza (CC, 1302), de lo contrario no procede la figura. “El requisito principal

<sup>174</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 121-124; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 310-313; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 95; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 732 y 733; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 142 y 143; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 129 y 130; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 268 y 269; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 113-118; WAYAR, *ob. cit.*, pp. 465 y ss., se plantea cuando el deudor efectúa un pago inferior al necesario para cancelar todas las obligaciones; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 76-78; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 215-222; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 246; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Imputación del pago en el nuevo Código Civil de Paraguay*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-9, www.acaderc.org.ar.

<sup>175</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 270.

<sup>176</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 215.

<sup>177</sup> MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>178</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 268.

<sup>179</sup> PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 687.

<sup>180</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 121.

para que funcione la llamada «imputación» del pago es que existan varias relaciones obligatorias que tengan prestaciones de la misma naturaleza; el caso más frecuente es el de las obligaciones de dar sumas de dinero, pero también podría presentarse en las obligaciones de dar cantidades de cosas<sup>181</sup>.

– Que haya un pago parcial en relación a lo que se debe.

– Que las partes *no hayan convenido en preferir el pago de una obligación* en relación al pago de otra obligación.

#### 14.3. Reglas aplicables

Se distingue la imputación de pago por las *partes*, imputación de pagos ejercida por el *deudor* e imputación ejercida por el *acreedor*. Si las partes no han decidido sobre la imputación en el momento de la prestación o inmediatamente después opera el orden legal<sup>182</sup>.

Las normas del Código Sustantivo aluden en primer lugar a la voluntad del deudor (1302 CC), luego a la voluntad del acreedor (1304 CC) y finalmente a un orden dispuesto por la ley de manera subsidiaria (1305 CC)<sup>183</sup>. El artículo 1303 CC se refiere a la prioridad de imputar a los intereses. Tales normas presentan carácter meramente dispositivo.

Comienza el artículo 1302 CC señalando la prioridad del deudor en la selección a imputar: “*Quien tuviere contra sí varias deudas de la misma especie tendrá derecho de declarar, cuando pague, cuál de ellas quiere pagar*”. La norma le atribuye al deudor la facultad de decir lo relativo a la imputación, que se ejecuta a través de un negocio jurídico unilateral recepticio referido a la persona del acreedor y que debe cumplir con los requisitos de capacidad y ausencia de vicios del consentimiento<sup>184</sup>.

El artículo 1303 CC señala salvo acuerdo en contrario la prioridad de adjudicar el pago a los intereses y solo el sobrante podrá ser imputado al capital<sup>185</sup>: “*El obligado por una deuda que produce frutos o intereses no podrá, sin el consentimiento del acreedor, imputar sobre el capital lo que pague, con preferencia a los frutos e intereses. El pago hecho a cuenta del capital e intereses, si no fuere íntegro, se imputará primero a los intereses*”.

De seguidas, el artículo 1304 CC atribuye la opción de la imputación al acreedor a falta de decisión del deudor, básicamente en la selección que realice en el recibo de pago: “*Si quien tuviere contra sí varias deudas en favor de la misma persona aceptare un recibo en el cual el acreedor imputare especialmente la cantidad recibida a una de ellas, no podrá hacer la imputación sobre una deuda diferente, cuando no haya habido dolo o*

---

<sup>181</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *Imputación...*, p. 1.

<sup>182</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 89.

<sup>183</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 121.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>185</sup> *Idem.*

*sorpresa de parte del acreedor*". Si el deudor no hace uso de su facultad de decidir, se le atribuye al acreedor. La norma se refiere a la aceptación del recibo por parte de quien pagó, lo que permite discutir que se trate de un negocio unilateral o de un negocio bilateral. Si el deudor sin protestar acepta el recibo no podrá reclamar salvo "dolo" o "sorpresa" del acreedor. Este último término se discute, pretendiéndose asimilar a una "reticencia culposa", mientras que para otros simplemente se trataría de una conducta contraria a la buena fe<sup>186</sup>.

Finalmente, a falta de decisión de deudor y acreedor, se prevé un orden legal a seguir en el artículo 1305 CC, estableciendo un criterio subsidiario para suplir la ausencia de voluntad de las partes<sup>187</sup>: "*A falta de declaración el pago debe ser imputado primero sobre la deuda vencida; entre varias deudas vencidas<sup>188</sup> sobre la que ofrezca menos seguridades para el acreedor<sup>189</sup>; entre varias igualmente garantizadas sobre la más onerosa para el deudor<sup>190</sup>; entre varias igualmente onerosas sobre la más antigua<sup>191</sup>; y en igualdad de circunstancias proporcionalmente a todas<sup>192</sup>*". La norma trata de distribuir la imputación equitativamente entre acreedor y deudor.

## 15. Oferta real y depósito subsiguiente<sup>193</sup>

Se estudia entre los efectos accidentales del pago. Referido en los arts. 1306 al 1313 del CC y en los arts. 819 y ss. del Código de Procedimiento Civil (CPC)<sup>194</sup>. Acontece cuando el acreedor se niega injustificadamente a recibir pago. Procede en pago de obligaciones pecuniarias, un cuerpo determinado, un inmueble por su naturaleza o destinación. Solo aplica en el ámbito de las obligaciones de dar, pues son estas las únicas en que el objeto de

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>187</sup> Véase: *ibid.*, pp. 123 y 124.

<sup>188</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* indicaba que una deuda está vencida aunque se haya acordado una prórroga amistosa.

<sup>189</sup> El crédito quirografario o el crédito sin garantía. Así como ofrece menos garantías el crédito constante en un documento privado no reconocido ni tenido legalmente por reconocido, que el crédito constante de un documento público o privado reconocido. El crédito que consta de un título no dotado de fuerza ejecutoria.

<sup>190</sup> Por ejemplo la deuda que devenga intereses.

<sup>191</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 124, la referencia a la más antigua algunos la interpretan con relación al momento de nacimiento de la obligación, pero la mejor doctrina la tiende a referir al término de exigibilidad más remoto de la obligación que haría correr el riesgo de su prescripción (interpretación a favor del acreedor). Para LAGRANGE (*Apuntes...*) la que venció o va vencerse primero.

<sup>192</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 124, lo que ha sido interpretado como una singular derogación de la facultad reconocida al acreedor de rehusar su cumplimiento parcial (1291 CC).

<sup>193</sup> Véase: *ibid.*, pp. 207-240; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 97 y 98; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 733-738; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 522-530; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 143-147; LASARTE, *ob. cit.*, pp. 124-129; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 236-244; CANO HURTADO, María Dolores: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*. Madrid, Dykinson, 2005, <http://books.google.co.ve/books?isbn=8497725999>.

<sup>194</sup> Véase: SÁNCHEZ NOGUERA, Abdón: *Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos*. Caracas, Ediciones Paredes, 2ª edic., 3ª reimpresión, 2006, pp. 515-535.

la prestación puede ser depositado o puesto a disposición de la autoridad judicial. No aplica a las obligaciones de hacer consistentes en “servicios” y tampoco a las obligaciones negativas.

El deudor no solo tiene el deber de pagar sino que también tiene interés en ello dado el efecto liberatorio que produce el pago. “El único fin para el cual fue concebido el procedimiento de Oferta Real de Pago y Depósito, es el de liberar al deudor de la obligación”<sup>195</sup>.

Como es natural, la situación del deudor que quiere cumplir fielmente la obligación pero que no puede llegar a hacerlo por la falta de colaboración del acreedor ha de ser amparada por el ordenamiento<sup>196</sup>. En el pago hay siempre la colaboración, la cooperación entre acreedor y deudor. Sin tal cooperación o ese obrar conjunto no se puede realizar el pago<sup>197</sup>. Son muchas las obligaciones que no pueden cumplirse sin que el acreedor preste su colaboración<sup>198</sup>. En caso de negativa injustificada del acreedor a recibir el pago del deudor puede liberarse mediante la consignación judicial de la cosa debida<sup>199</sup>. Se trata de un mecanismo de “liberación forzosa” del deudor<sup>200</sup>. De allí que en otra legislación se aluda a “pago por consignación”<sup>201</sup>.

La posibilidad de la oferta real y depósito podrá presentarse como uno de los efectos de la mora del acreedor<sup>202</sup>. Se trata de una opción para el deudor, de un derecho potestativo. Refiere la doctrina que si el deudor acude al presente procedimiento sin haber explorado si había buena disposición del acreedor en recibir el pago, simplemente tendría que soportar los costos del ofrecimiento<sup>203</sup>. Si el acreedor acepta el pago en el mismo momento que el Juez le hace el ofrecimiento, no resultaría manifiesta la necesidad del medio empleado por el deudor para satisfacer su interés en el cumplimiento de la obligación por lo que no podría imputársele al acreedor los gastos<sup>204</sup>. Esto no obstante la norma del artículo 1309 CC: “*los gastos del ofrecimiento real y del depósito, si estos actos fueren válidos, son de cargo del acreedor*”.

Al efecto indica el artículo 1306 CC: “*Cuando el acreedor rehúsa recibir el pago, puede el deudor obtener su liberación por medio del ofrecimiento real*”

<sup>195</sup> Tribunal del Municipio Valdez, del Segundo Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 23-2-11, Exp. 037-10, <http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1233-23-037-10-25.html>.

<sup>196</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 236.

<sup>197</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 7.

<sup>198</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>199</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 98.

<sup>200</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 238.

<sup>201</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 7.

<sup>202</sup> Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 126, entre los requisitos para que exista mora del acreedor cabe recordar que la obligación se encuentre vencida, que exista un ofrecimiento formal por parte del deudor y la negativa injustificada del acreedor.

<sup>203</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 212.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 213.



*y del depósito subsiguiente de la cosa debida. Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado, y la cosa depositada queda a riesgo y peligro del acreedor*" (destacado nuestro). Obsérvese según se indicó que se trata de una facultad y no de una obligación para el deudor. Pero que según la norma, le permite obtener su liberación.

En opinión de Lagrange no existe propiamente una forma de pago, sino una forma de obtener la liberación ante la resistencia injustificada del acreedor. Pero según se deriva de la citada norma con la figura se evita que recaigan sobre el deudor los efectos de la mora<sup>205</sup>.

Las condiciones de validez de la oferta real seguida del depósito de la cosa debida son las mismas condiciones de validez del pago en general. Prevé el artículo 1307 CC: *Para que el ofrecimiento real sea válido es necesario:*

*1º Que se haga al acreedor que sea capaz de exigir, o a aquél que tenga facultad de recibir por él.*

*2º Que se haga por persona capaz de pagar.*

*3º Que comprenda la suma íntegra u otra cosa debida, los frutos y los intereses debidos, los gastos líquidos y una cantidad para los gastos ilíquidos, con la reserva por cualquier suplemento.*

*4º Que el plazo esté vencido si se ha estipulado en favor del acreedor.*

*5º Que se haya cumplido la condición bajo la cual se ha contraído la deuda.*

*6º Que el ofrecimiento se haga en el lugar convenido para el pago, y cuando no haya convención especial respecto del lugar del pago, que se haga a la persona del acreedor, o en su domicilio, o en el escogido para la ejecución del contrato.*

*7º Que el ofrecimiento se haga por ministerio del Juez*<sup>206</sup>.

Señaló recientemente la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal que el procedimiento de oferta real precisa la necesidad de acreditar la existencia o certeza de la obligación y agrega que deben observarse las formas del debido proceso en dicho procedimiento contradictorio<sup>207</sup>.

Agrega el artículo 1308 CC: *Para la validez del depósito no es necesario que sea autorizado por el Juez; basta para ello.*

*"1º Que lo haya precedido un requerimiento hecho al acreedor, que contenga la indicación del día, hora y lugar en que la cosa ofrecida se depositará.*

<sup>205</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>206</sup> Véase: Tribunal del Municipio Valdez, del Segundo Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 23-2-11, Exp. 037-10, <http://sucre.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1233-23-037-10-25.html> "No puede realizarse válidamente una oferta con la mediación judicial, sino cuando se cumplan las exigencias que contempla el artículo 1307 del Código Civil..." (Sentencia N° 2575 de la Sala Constitucional del 16 de octubre de 2002, Oscar Pierre Tapia, N° 10, año 2002, página 295 y siguientes).

<sup>207</sup> TSJ/SConst., Sent. N° 171 del 10-3-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175156-171-10315-2015-14-1109.HTML>.

2º *Que el deudor se haya desprendido de la posesión de la cosa ofrecida, consignándola, con los intereses corridos hasta el día del depósito, en el lugar indicado por la Ley para recibir tales depósitos.*

3º *Que se levante un acta, por el Juez, en la cual se indique la especie de las cosas ofrecidas, la no aceptación por parte del acreedor o su no comparecencia, y en fin, el depósito.*

4º *Que cuando el acreedor no haya comparecido, se le notifique el acto del depósito, con la intimación de tomar la cosa depositada”.*

En cuanto a cosa determinada dispone el artículo 1313 CC: *“Si la cosa debida es un objeto determinado que debe entregarse en el lugar donde se encuentra, el deudor requerirá al acreedor para que la tome. Hecho este requerimiento, si el acreedor no toma la cosa, el deudor puede hacerla depositar por medio del Tribunal en otro lugar. Si el objeto de la deuda es un inmueble por su naturaleza o por su destinación, el deudor puede, después de requerir al acreedor para que tome posesión de aquéllos, obtener del Juez que nombre un depositario. Las disposiciones de los artículos 1309, 1310, 1311 y 1312, son aplicables a los casos previstos en este artículo”.*

Al efecto, encontramos una decisión judicial a propósito del cumplimiento de los requisitos de la oferta de una cantidad de dinero: “luego de considerar todas y cada una de las obligaciones contractuales o legales que se deducen del convenio firmado por las partes, así como de la contumacia del oferido en no acudir a manifestar alegatos en cuanto a la no aceptación de la oferta real de pago, debe concluir que no existen intereses y frutos debidos, y tampoco se puede exigir al oferente la consignación de cantidades destinadas a gastos líquidos e ilíquidos, que el mismo tribunal no podría determinar, ya que como consta en autos, no se trató de la oferta real de pago mediante un objeto mueble, títulos valores, especies o inmuebles, o cualesquiera otra cosa u objeto que pudiese haber originado gastos de depósito necesario, mantenimiento y/o conservación de la cosa oferida, sino de una cantidad de dinero cierta, líquida y exigible compuesta o integrada únicamente por el capital adeudado, que si bien es cierto en la práctica es necesario y se ordenó su depósito en un banco, tal depósito no genera gastos para el oferido y por el contrario si le genera intereses. Por otra parte, el procedimiento de oferta real de pago y depósito no genera gastos a cargo del oferido, como lo serían por ejemplo los gastos de protocolización de la liberación de la obligación, pues ellos, por mandato de la Ley, son a cargo del comprador, que lo es el oferente, lo que haría inoficioso, por no decir inútil, que este los incluyera en la oferta real de pago, amén de que al respecto no se pactó convenio alguno. Así se decide”<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 31-10-07, Exp/10435, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/222-31-10.435-10.435.html>. “El vencimiento del término es evidente, ...Del mismo documento se evidencia que no se establecieron condiciones e indudablemente el ofrecimiento se hizo por ministe-

Entre las normas sustantivas de la figura vale citar que “*mientras el acreedor no haya aceptado el depósito, el deudor podrá retirarlo; y si lo retira, sus codeudores y sus fiadores no se libentan de la obligación*” (CC, art. 1310). Contrariamente, no puede retirarse el depósito en perjuicio de estos últimos una vez que media cosa juzgada ni con el consentimiento del acreedor (CC, 1311<sup>209</sup>); incluso con tal consentimiento de mediar cosa juzgada se pierden las garantías previas (CC, art. 1312<sup>210</sup>). Por lo que si el acreedor acepta el depósito o es declarado válido mediante sentencia, el deudor no puede retractarse y la situación equivale al pago propiamente tal. Los gastos del procedimiento son de cargo del acreedor (1309 CC) a diferencia de los gastos del pago propiamente que son a cargo del deudor<sup>211</sup>.

El referido procedimiento es indispensable que lo cumpla el requirente en los casos de acción de cumplimiento o ejecución en especie, a fin de acreditar el cumplimiento de su prestación. Se afirma que existen dos casos en que el deudor para liberarse debe seguir procedimiento distinto: arrendamiento y letras de cambio<sup>212</sup>.

Según se indicó el procedimiento de oferta real y depósito es característico de obligaciones de dar. En aquellas obligaciones de hacer<sup>213</sup> y obligaciones negativas en que no sea posible acudir al mismo, será conveniente a los fines de dejar constancia de la mora del acreedor acudir a las notificaciones judiciales previstas en los artículos 932 y siguientes del CPC<sup>214</sup>, sin perjuicio de cualesquiera otros medios probatorios<sup>215</sup>.

---

rio del Juez, debiendo concluir esta superioridad, que de la exhaustiva revisión y análisis de las actas cursantes de autos, tales requisitos fueron cumplidos a cabalidad por la oferente. Y así se decide”.

<sup>209</sup> “*Cuando el deudor ha obtenido una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual haya declarado buenos y válidos la oferta y el depósito, no puede, ni aun con el consentimiento del acreedor, retirar el depósito en perjuicio de sus codeudores o de sus fiadores*”.

<sup>210</sup> “*El acreedor que ha consentido en que el deudor retire el depósito, después que éste ha sido declarado válido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede prevalerse, para el pago de su crédito, de los privilegios e hipotecas que lo garantizaban*”.

<sup>211</sup> Véase *supra* 2.9 del tema.

<sup>212</sup> Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 98.

<sup>213</sup> Véase en sentido contrario, reseñando que es posible el ofrecimiento de pago en obligaciones de hacer: BEJARANO SANCHEZ, *ob. cit.*, p. 265, con las limitaciones y cambios que la naturaleza de éstas requiera.

<sup>214</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 213-215.

<sup>215</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

## TEMA 18

# Formas de Extinción de las Obligaciones Diferentes del Pago que Satisfacen al Acreedor<sup>1</sup>

.....

SUMARIO: 1. Generalidades 2. Pago con subrogación 3. Dación en pago  
4. Compensación

### 1. Generalidades

Según vimos existen diversas formas de extinción de las obligaciones distintas al modo por excelencia que es el pago<sup>2</sup>. Una de las principales clasificaciones distingue aquellos modos que de alguna manera satisfacen al acreedor como la dación en pago de aquellos otros que no suponen satisfacción alguna para el acreedor, como la prescripción. Otros autores<sup>3</sup> distinguen entre medios voluntarios e involuntarios.

Se alude a “subrogados del cumplimiento” porque vienen a sustituir al pago en una determinada situación, permitiendo la liberación del deudor y la extinción de la obligación. La satisfacción del acreedor se obtiene con algunos subrogados (compensación o dación en pago) mientras que en otro deudor renuncia a obtenerla (remisión de deudor). El origen de estos mecanismos está en la ley o en la voluntad de las partes<sup>4</sup>.

Precisamente algunos ubican el pago con subrogación como un modo extintivo autónomo de extinción de las obligaciones. En tanto que nuestro Código Civil lo trata dentro del instituto del pago. Veremos en qué consiste esta particular modalidad o variante del pago o si se quiere un modo extintivo de la obligación, al menos para el acreedor originario, quien ve satisfecha su acreencia y da por terminada la relación obligatoria.

Trataremos también otro modo que satisface al menos técnicamente al acreedor y que algunos también ubican en la línea de una modalidad de pago, a saber, la dación en pago. Y finalmente, un modo que para algunos se ubica entre los modos que propician la satisfacción del acreedor, a saber, la compensación.

---

<sup>1</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 353 y 354; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 203 y ss (el autor alude a “las causas de extinción distintas al pago genuino” (*ibid.*, p. 203).

<sup>2</sup> Véase *supra* 17.1.

<sup>3</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 296.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 95.

## 2. Pago con subrogación<sup>5</sup>

### 2.1. Noción

La subrogación en términos simples supone la idea de “sustitución o reemplazo”<sup>6</sup>. La subrogación ha sido definida como la “sustitución en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (subrogación real) o de una persona en vez de otra (subrogación personal)”<sup>7</sup>. “El pago con subrogación es una especie de una figura jurídica mucho más amplia denominada subrogación, que se define como “la sustitución en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (subrogación real), o de una persona en vez de otra (subrogación personal)”<sup>8</sup>; en esta última categoría se encuentran la subrogación convencional y la subrogación legal”<sup>8</sup>.

El pago con subrogación es una figura en virtud de la cual un tercero paga y asume la titularidad del crédito. Se afirma que sería más propio referirse a “subrogación por pago”. El pago por subrogación es una forma de pago en la cual una persona distinta del deudor paga al acreedor, y bien sea por voluntad del acreedor, del deudor o de la ley, el tercero que paga se sustituye en los derechos del acreedor frente al deudor. Constituye una especie de la subrogación personal a la par de la cesión de crédito y la asunción de deuda<sup>9</sup>. Conforman el “pago de una obligación hecho por un tercero que adquiere los derechos y ocupa la situación del primitivo acreedor respecto del deudor”<sup>10</sup>.

La sustitución del acreedor por el tercero que le paga el importe de su crédito permite a éste adquirir el mismo derecho que tenía el acreedor, con sus garantías y accesorios. No todo pago efectuado por tercero es subrogatorio; se precisa un tercero con interés jurídico en el pago. Es un pago con efectos particulares pues la obligación en vez de extinguirse propiamente

<sup>5</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 161-203; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 313-320; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 357-362; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 99-112; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 739-745 y 789-808; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 53-65; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 509-522; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 134-142; LASARTE, Carlos: *La subrogación por pago del tercero*, Zaragoza 2012, [www.derechocivil.net/.../CLASARTE-Subrogpagotercero-9oct2012.pdf](http://www.derechocivil.net/.../CLASARTE-Subrogpagotercero-9oct2012.pdf); O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 483-486; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 82-84; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 390-392; ROTONDI, Mario: *La subrogazione per pagamento*. Cedem, Studi Di Diritto Privato italiano e straniero diretti da. Vol. IX, 1933; ALFERILLO, Pascual: *Reflexiones sobre el pago con subrogación*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 339-344; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 123-132; TSJ/SCC, Sent. 717 del 27-7-04, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00717-270704-03756.htm>.

<sup>6</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 24.

<sup>7</sup> Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 14-4-10, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/abril/959-14-20801-1.html>.

<sup>8</sup> Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, <http://tachira.tsj.gov.ve/DECISIONES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML>.

<sup>9</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>10</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 315 y 316.

se transmite<sup>11</sup>. El pago con subrogación es una institución de importante incidencia práctica. Difiere del pago ordinario en que en lugar de extinguir la deuda no hace más que cambiar la persona del acreedor<sup>12</sup>.

“Un tercero paga al acreedor y se coloca en la posición del acreedor originario. La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros”<sup>13</sup>. El pago del tercero no extingue la obligación primitiva y dicho tercero se coloca en la misma posición jurídica del acreedor originario, conservando el crédito íntegro, con su rango y relaciones accesorias<sup>14</sup>. El pago que hace ese tercero extingue el derecho de crédito del acreedor originario pero no la obligación, que permanece idéntica, que tan solo se produce un cambio en el sujeto activo de la obligación, persona del primitivo acreedor, produciéndose una subrogación en el crédito y convirtiendo a quien paga en el nuevo y verdadero acreedor del deudor”<sup>15</sup>.

Cabe señalar que se aclara que en la figura que nos ocupa la obligación no se ha extinguido, sino que subsiste<sup>16</sup>. El pago con subrogación por ser excepcional NO puede ser extendido<sup>17</sup>. Tiene lugar en casos en que el tercero que paga presenta interés en el mismo, y opera en los supuestos taxativos de ley.

En cuanto al *interés práctico del pago con subrogación*, se afirma que el pago no se hace con ánimo de hacer liberalidad al deudor pero presenta beneficios para el antiguo acreedor, para el deudor le es indiferente. Puede ser que al tercero que paga le interese evitar la ejecución del deudor o tener un crédito con garantía. “La subrogación presenta el interés siguiente: para el *solvens*, el de beneficiarse de todas las garantías unidas al crédito que pague; para el deudor, el de encontrar con más facilidad un prestamista que sustituya al acreedor; para el acreedor, el ser pagado”<sup>18</sup>.

## 2.2. Naturaleza jurídica<sup>19</sup>

Nuestro Código Civil lo ubica dentro de las normas relativas al pago, pues en la Sección I titulada “*Del Pago*”, se ubica: “1º Del pago en general” y de seguidas “2º El pago con subrogación” y luego “3º De la imputación de pagos”. De tal suerte que de la sistemática del CC no se deriva como un

---

<sup>11</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 339.

<sup>12</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 509, el deudor se libera sin duda respecto de su acreedor, pero se convierte en deudor del que ha pagado la deuda por él.

<sup>13</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 172.

<sup>14</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 112.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, p. 275.

<sup>16</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 26.

<sup>17</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 358.

<sup>18</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 121.

<sup>19</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 315.

modo autónomo de extinción de las obligaciones sino que se ubica dentro de las normas del pago.

Sin embargo, se afirma que no es propiamente un pago ni tampoco extingue la relación obligatoria. Simplemente el acreedor inicial ve satisfecho su crédito y la relación obligatoria –a semejanza con lo que sucede en la cesión de créditos– se extingue para el acreedor originario<sup>20</sup>. Aunque se apuntan notables diferencias con la cesión de crédito<sup>21</sup>.

Se pregunta así la doctrina, a propósito de la naturaleza de la figura, si ¿el pago con subrogación extingue realmente la obligación? Algunos lo colocan entre los modos de la extinción de las obligaciones porque ello acontece respecto del acreedor primitivo, pero a raíz de su ubicación en el Código Civil a propósito del “pago”, cabe preguntarse si en realidad se extingue la relación obligatoria. Hay un cambio de sujeto activo en razón del pago de otro pero en esencia la obligación original se mantiene. Se extinguió respecto del acreedor original pero no respecto de los demás elementos.

De allí que Mélich Orsini indique que la figura no consiste en la extinción de la obligación preexistente a tal pago, sino en la utilización del pago que hace una tercera persona, distinta del deudor de la obligación, para colocar a ese tercero (*solvens*) en el lugar que en la relación obligatoria ocupaba el anterior acreedor. Por lo que sería más propio aludir a “pago para subrogación”, esto es, con el fin de obtener la subrogación, es decir, la sucesión en el lado activo de la relación obligatoria por el tercero que paga<sup>22</sup>. Por eso la doctrina se pregunta que si el pago extingue el crédito primitivo; ¿cómo puede por lo tanto, revivir en beneficio del *solvens*?<sup>23</sup>. Sin embargo, algunos lo ubican en los medios que extinguen y satisfacen al acreedor, porque efectivamente el acreedor original logra la satisfacción de su crédito y respecto de él culmina la relación obligatoria. Pero sistemáticamente la figura no logra desligarse propiamente del pago, por lo que a todo evento se trata de una discusión técnica y teórica cuya mayor trascendencia simplemente es a los fines de la ubicación del tema en la estructura del programa de la asignatura.

### 2.3. Clases de pago con subrogación<sup>24</sup>

Las dos fuentes de la subrogación en el pago vienen dadas por una convención pactada entre acreedor y tercero y por otro lado, por la ley, que puede imponer de pleno derecho que el crédito pasa al tercero<sup>25</sup>. La subrogación puede ser así convencional o legal, la primera tiene lugar mediante el

<sup>20</sup> Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 101, para otros es una “ficción legal”.

<sup>21</sup> Véase *infra* 2.6. de este tema.

<sup>22</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 161.

<sup>23</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 511.

<sup>24</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 26, la subrogación convencional supone el acuerdo de las partes, en tanto que la legal es dispuesta por la ley aunque las partes nada hayan convenido.

<sup>25</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 131.

acreedor antiguo y el tercero; la legal es independiente del acuerdo de los interesados, la ley establece directamente sus efectos<sup>26</sup>.

### 2.3.1. Subrogación convencional<sup>27</sup>

#### a. Por voluntad del acreedor

En tal caso el acreedor es quien tiene la autoridad del vínculo por lo que puede rehusar la subrogación. El tercero que paga no tiene un derecho *per se* a la subrogación sino que depende de la voluntad del acreedor. El deudor no interviene en la subrogación.

Dispone el artículo 1299 CC: “*La subrogación es convencional: 1º Cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago*”.

Se requiere según la norma:

- a. El consentimiento del acreedor (aunque no necesariamente escrito) y del tercero subrogado (no del deudor).
- b. Que el pago se efectúe con dinero del tercero que se subroga.
- c. La voluntad de subrogar debe ser **expresa**.
- d. Que la subrogación sea **simultánea** al pago<sup>28</sup>.

Aunque ciertamente puede darse constancia de la subrogación que se ha producido. La presente subrogación no está sometida a formalidad pero conviene proveerse de una prueba escrita. Aclara la doctrina que la presente subrogación precisa que el sujeto que ejecuta el pago no sea el propio deudor. Se requiere de una declaración del acreedor pues éste si bien no puede rechazar el pago no está obligado a subrogarlo. La subrogación debe ser “expresa” aunque no escrita mediante una fórmula que no deje duda como “subrogo” y debe ser simultánea al pago recibido (no puede ser ni previa ni posterior al pago). No podría darse posteriormente al pago<sup>29</sup>. Obviamente –aclara una sentencia– amén de tales requisitos se precia “*un pago*”, presupuesto básico de la figura<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 348 y 349.

<sup>27</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 167-179; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 512-516.

<sup>28</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 316; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 30-3-07, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/MARZO/1331-30-5633-.HTML>. “En el presente juicio quedó demostrado que Banfoandes como acreedor del demandante ...expresaron su consentimiento tácitamente: ella al pagar y él al recibir el dinero y emitir finiquitos a su nombre. El pago se efectuó con el dinero de la demandada que en este caso era el tercero que se subrogó. El consentimiento fue simultáneo con el pago”; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML>.

<sup>29</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 168-172.

<sup>30</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 20-10-09, Exp. 33.854, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML>.



### b. Subrogación por voluntad del deudor<sup>31</sup>

No requiere consentimiento del acreedor pues se produce independientemente de la voluntad de este, pues se efectúa entre el deudor y el tercero. Se trata de una figura curiosa porque no depende del acreedor primitivo. Se justifica por razones de utilidad y presenta una interesante referencia histórica en Francia. El que paga es el deudor con el dinero de un préstamo que le ha dado un tercero.

Continúa el citado artículo 1299 en su ordinal 2º del CC: “*Cuando el deudor toma prestada una cantidad a fin de pagar su deuda y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto de préstamo y el de pago tengan fecha cierta; que en el acto de préstamo se declare haberse tomado éste para hacer el pago, y que en el de pago, se declare que éste se ha hecho con el dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor*”.

El supuesto precisa<sup>32</sup>:

- a. Un préstamo de dinero efectuado por el tercero al deudor.
- b. Consentimiento del deudor y del tercero.
- c. Declaración expresa del deudor en el acto de préstamo de que el dinero dado se destina al pago.
- d. Declaración expresa en el acto de pago, que éste se efectúa con el dinero para dicho efecto, que aporta dinero el tercero
- e. Fecha cierta del acto de préstamo y de pago.

Indica Palacios Herrera que tales formalidades se requieren a fin de evitar posibles fraudes contra los acreedores<sup>33</sup>. Refiere Lagrange que la subrogación requiere cierta colaboración del acreedor originario a los fines de concretarse aunque no precise de su consentimiento pues de lo contrario podría precisar el procedimiento de oferta real y depósito subsiguiente previsto en el artículo 1306 y siguientes del Código Civil.

---

NES/2009/OCTUBRE/1327-20-33854-.HTML aun cuando el demandante dio su consentimiento para llevar a cabo la subrogación, y se estableció una fecha cierta para el pago...; ese pago no se hizo efectivo con lo que se incumplió con un requisito fundamental para perfeccionar la subrogación, ...por lo que este Tribunal declara INEXISTENTE EL PAGO CON SUBROGACIÓN pretendido en el acta de embargo levantada”.

<sup>31</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 317; MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 173-179.

<sup>32</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 317; MÉLICH ORSINI, *El pago...*, p. 175.

<sup>33</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 359. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 175-179; Tribunal, Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-6-10, Exp. AH14-M-1998-00008, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2119-15-AH14-M-1998-00008-.html>.

### 2.3.2. Subrogación legal<sup>34</sup>

La ley misma concede *ipso iure* el beneficio de la subrogación al que paga al acreedor en ciertos casos<sup>35</sup>. Tiene lugar por el solo y automático efecto de la ley, sin necesidad de una declaración de voluntad del acreedor o del deudor.

Prevista en el artículo 1300 del CC: “*La subrogación se verifica por disposición de la Ley.*”

1º *En provecho de quien, siendo acreedor, aun quirografario<sup>36</sup>, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido por razón de privilegio o hipoteca<sup>37</sup>.*

2º *En provecho del adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en pagar a los acreedores en cuyo favor está hipotecado el fundo<sup>38</sup>.*

3º *En provecho de quien, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla<sup>39</sup>.*

<sup>34</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 181-200; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 516-519; OCHOA GÓMEZ, Oscar: *La subrogación legal en el reaseguro*. En: Revista de Derecho Mercantil N° 3, Año 2, enero-junio 1987, pp. 59-88 (en lo sucesivo al referirnos al autor se entenderá a “*Teoría...*”)

<sup>35</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 516.

<sup>36</sup> No privilegiado.

<sup>37</sup> Pretende que otro acreedor con mejor derecho no se adelante en la ejecución. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 185-187, es necesario que el que paga sea acreedor quirografario y el que recibe el pago sea acreedor preferido en razón de privilegio e hipoteca (no basta con que tenga otra ventaja para asegurar el pago como sería un derecho de retención o acción de revocación); LAGRANGE, *Apuntes...*, pretende evitar que el acreedor no preferido posiblemente no cobre ante la acción del acreedor preferido, por lo que aquel prefiere darle un respiro económico al deudor a ver si se recupera y pensando que es mejor llegar a cobrar tarde que nunca; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 518 y 519, el motivo que puede impulsar a un acreedor a obrar de este modo es ocupar el lugar de quien tiene rango preferente al suyo. Se dice que existe una laguna si se paga a una acreedor de rango preferente no procede la figura de subrogación legal, aunque pudiera obtener una subrogación voluntaria; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 105-107, un acreedor hipotecario de segundo grado tendría interés en pagarle al acreedor hipotecario de primer grado.

<sup>38</sup> Protege al adquirente de un inmueble contra otros acreedores por lo que se refiere a créditos hipotecarios. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 191-194. Indica LAGRANGE, *Apuntes...*, siendo un pago que tiene una doble virtud o eficacia por satisfacer la obligación garantizada con hipoteca. El que ha pagado se ha subrogado en la acreencia del deudor hipotecado siendo propietario del inmueble con hipoteca cuya titularidad tiene el mismo, pero ello evita que si existe otra hipoteca de grado más lejano le ejecute el inmueble por él adquirido; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 517, no era necesario un texto especial para conceder el beneficio de la subrogación pues existe en virtud del artículo 1300, párrafo segundo, que prevé que quien ha pagado voluntariamente el precio a los acreedores hipotecarios queda subrogado en los derechos de los acreedores a quien ha pagado; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 107 y 108.

<sup>39</sup> El que está obligado “con” otros es el codeudor bien sea en razón de solidaridad o indivisibilidad. Mientras que el que está obligado “por” otro, es el fiador. Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 108 y 109, incluye al deudor solidario y al fiador, aunque el primero no podrá reclamar de los otros deudores sino la parte de cada quien, perdiendo la ventaja que le otorga la solidaridad; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 516, esta fórmula tan amplia comprende todas las situaciones en que el acreedor puede perseguir a varias personas como deudores principales (obligaciones solidaria) ya los unos como deudores accesorios (fianza). MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 196-200, el autor agrega el caso de “los terceros detentadores de los diferentes inmuebles hipotecados en garantía de la misma deuda en sus relaciones internas”. (*ibid.*, pp. 198 y 199). LAGRANGE (*Apuntes...*) agrega el caso del profesional que

4<sup>o</sup> *En provecho del heredero a beneficio de inventario que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la herencia*<sup>40</sup>.

Se distingue aquellos casos en que el *solvens* estaba obligado al pago de la deuda (ords. 2 y 3) y casos en los cuales no está obligado al pago de la deuda (ords. 1 y 4)<sup>41</sup>.

### 2.3.3. Subrogación parcial

Ocurre cuando el subrogado no paga la totalidad de la deuda al acreedor. En tal caso concurren al cobro de sus créditos. Dispone el artículo 1301 del CC: *“La subrogación establecida en los artículos precedentes ha lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores. El acreedor a quien se ha pagado en parte y quien le ha hecho el pago parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que se les debe”*.

Refiere la doctrina que la norma hace una aclaratoria que tiene una explicación histórica basada en las enseñanzas de Pothier según el cual era impropio que un nuevo acreedor desconocido por el fiador pudiera perseguir a éste<sup>42</sup>.

### 2.4. Efectos del pago con subrogación<sup>43</sup>

2.4.1 El subrogado que ha pagado se sustituye al acreedor satisfecho y adquiere todos los derechos y acciones del antiguo acreedor con sus correspondientes accesorios o garantías<sup>44</sup>. La subrogación no puede agravar posición del obligado.

tiene interés en cumplir la obligación que otra persona ha contraído y no ha cumplido. Particularmente cuando se trata de un caso en los cuales el profesional se ha servido de agentes de ejecución.

<sup>40</sup> Se trata exclusivamente del heredero “a beneficio de inventario” pues el heredero puro y simple confunde su propio patrimonio con el del causante. Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 194-196. La ley tiene entonces interés en facilitar la rápida liquidación de la herencia y de allí que acepta que en tal caso el heredero que paga se subroga. Es una situación análoga a la del ordinal 2 por la cuenta que sacará el heredero a beneficio de inventario es que el tercero que quiera atacar en ejecución quedará desalentado ante su subrogación; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 519; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 109 y 110, al no haber confusión de patrimonio, no está obligado a pagar las deudas de la herencia más allá del valor de los bienes, al pagar de sus propios fondos se convierte en acreedor del causante como cualquier otro.

<sup>41</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 317 y 318.

<sup>42</sup> MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 200 y 201.

<sup>43</sup> Véase: *ibid.*, pp. 201-203.

<sup>44</sup> Véase: CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 510, por lo que la principal ventaja podría proceder de una garantía real o personal como privilegio o hipoteca, así como también todas las acciones, como sería una resolución de venta; Tribunal, Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-6-10, Exp. AH14-M-1998-000008, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2119-15-AH14-M-1998-000008.html> “Por tanto al existir el pago de la obligación, el tercero subrogado por sus efectos conserva la titularidad de los derechos, acciones, privilegios o hipotecas que le correspondían al acreedor en la obligación que mantenía con la demandada y por lo tanto se tiene como efectuada la subrogación pretendida”; ALFERILLO, *Reflexiones...*, “la subrogación legal o convencional traspasa al nuevo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores con algunas limitaciones específicas, todos los derechos y acciones”.

2.4.2. El subrogado conserva acción propia contra el deudor por causa del pago. Tiene una doble acción no para obtener dos veces sino para escoger reembolso.

2.4.3. El subrogado sólo puede recobrar su crédito hasta el monto del reembolso por el efectuado. Se distingue entre reembolso íntegro en caso de pago total o el supuesto de reembolso parcial. En tal caso el problema radica si hay varios coobligados.

Prevé el artículo 1301 del CC *“La subrogación establecida en los artículos precedentes ha lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores. El acreedor a quien se ha pagado en parte y quien le ha hecho el pago parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que se les debe”*.

Ahora bien, el *solvens*, esto es, el que ha pagado no se subroga sino en la medida de lo que ha pagado. Los deudores solidarios e indivisibles y los fiadores que pagan toda la deuda, no se subrogan frente a sus codeudores o a sus fiadores sino en la medida en que no estén obligados personalmente. Sólo pueden proceder por la parte que le corresponde a cada uno como indica el artículo 1238<sup>45</sup> del CC para evitar recursos sucesivos. El que se subroga conserva acción personal contra el deudor por causa del pago, que pudiera fundarse en múltiples razones o fuentes (mandato, préstamo, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa), por lo que tendrá que escoger que le resultará más conveniente: si actuar por vía de la subrogación o por vía de la acción personal, pues no son acumulables.

#### 2.5. Subrogación y acción de regreso<sup>46</sup>

La subrogación y la acción de regreso tienen funciones afines según explica Mélich Orsini. La subrogación transmite al subrogado los derechos del acreedor original con sus accesorios<sup>47</sup>. El derecho de regreso es un nuevo derecho que surge en cabeza del *solvens* como consecuencia del pago hecho por él; mientras que el subrogado adquiere el mismo derecho que correspondería al acreedor<sup>48</sup>. Por ejemplo, se aprovecha el acreedor de garantías y prescripción. No se pueden invocar varios remedios, se ha de escoger uno, pues no cabe acumularlos.

---

<sup>45</sup> *“El codeudor solidario que ha pagado la deuda íntegra, no puede repetir de los demás codeudores sino por la parte de cada uno. Si alguno de ellos estaba insolvente, la pérdida ocasionada por su insolvencia se distribuye por contribución entre todos los codeudores solventes, inclusive el que ha hecho el pago”*.

<sup>46</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *El pago...*, pp. 181-185.

<sup>47</sup> Véase: *ibid.*, p. 201.

<sup>48</sup> Véase: *ibid.*, p. 182.

### 2.6. Diferencia entre cesión de créditos con pago con subrogación<sup>49</sup>

Vale indicar que un sector de la doctrina deja claro la dificultad que presenta la distinción a nivel teórico<sup>50</sup>. “La subrogación supone una modificación en la relación obligatoria por la que un tercero sustituye al acreedor en su posición jurídica. La diferencia existente respecto de la cesión de créditos se encuentra sobre todo en su distinta función normativa. La cesión es un instrumento idóneo para realizar el interés económico de la circulación del crédito, considerado como bien patrimonial objeto de tráfico jurídico. En cambio, la subrogación se presenta como un cauce apropiado para recuperar por vía de regreso el interés del subrogado, dada una situación antecedente en la que éste ha satisfecho un desembolso patrimonial a favor del acreedor. Sin embargo, hay que reconocer la dificultad de perfilar la distinción entre la cesión de crédito y la subrogación convencional”<sup>51</sup>.

La doctrina refiere las siguientes diferencias entre ambas figuras:

\*El pago con subrogación es solo hasta concurrencia del monto de pago y no por el excedente (el cesionario del crédito se sustituye por el importe completo del mismo en tanto que en el pago con subrogación sólo por lo pagado).

\*El tercero subrogado tiene acción propia y también original contra el deudor; si es por voluntad del deudor no precisa consentimiento del acreedor (CC, art. 1299)<sup>52</sup>.

\*La cesión de créditos requiere notificación al deudor en tanto que el pago con subrogación no.

\*La cesión de créditos precisa consentimiento del acreedor mientras que la subrogación puede hacerse aun en contra de la voluntad del acreedor.

\*En la cesión de créditos el monto del crédito es el mismo que antes de dicha cesión aunque se pague más de la acreencia, en la subrogación no se puede demandar al deudor sino por el monto de la cantidad pagada.

\*La cesión de créditos es una especie de venta y por tal el cedente está obligado a garantizar la existencia de la cesión mientras que el acreedor subrogado no garantiza nada.

En cuanto a su origen, el pago con subrogación puede ser *legal* o *convencional* y la cesión de créditos solo *convencional*.

<sup>49</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 360 y 361, en ninguno de los dos supuestos se extingue la deuda y en ambos casos hay traslación de un crédito de un patrimonio a otro, por ello es fácil confundirlos; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 315.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, p. 17, aunque las diferencias derivan de su función económica y el interés protegido en uno y otro caso. La cesión existe para la circulación del crédito. La cesión se realiza a favor del subrogado con un sentido de recuperación.

<sup>51</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ y OTROS, *ob. cit.*, p. 198.

<sup>52</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 361.

### 3. Dación en pago<sup>53</sup>

#### 3.1. *Noción*<sup>54</sup>

La dación en pago se presenta como un medio de extinción de las obligaciones<sup>55</sup> que produce directamente y de pleno derecho la extinción de la obligación, como lo hubiera hecho el pago mismo<sup>56</sup>.

Es el modo de extinción de las obligaciones más olvidado y menos tratado por la doctrina jurídica venezolana<sup>57</sup>. Algunos autores patrios, sin embargo, tratan la figura en el tema del “pago”<sup>58</sup>, que es el modo natural, ordinario y por antonomasia de extinción de las obligaciones, toda vez que el pago es sinónimo de cumplimiento, más precisamente de “cumplimiento voluntario”. Se afirma que la dación en pago es una modalidad<sup>59</sup> o forma especial

<sup>53</sup> Este tema fue inicialmente publicado bajo el título “*la dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento*”. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 4, Caracas, 2014, pp. 15-55.

<sup>54</sup> Véase: ALID ZOPPI, Pedro: *La dación en pago*. En: Actualidad Jurídica Año 1 N° 2. Caracas, marzo-abril, 1989, pp. 7-9; BELINCHÓN ROMO, María Raquel: *Nociones generales sobre la dación en pago*, Prof. Titular del CES Felipe II de Aranjuez, Univ. Complutense de Madrid, pp. 1-16, [http://www.cesfelipesecondo.com/revista/.../Belinch\\_n\\_Romo\\_corregido.pdf](http://www.cesfelipesecondo.com/revista/.../Belinch_n_Romo_corregido.pdf); Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La dación en pago*, Lima, 2000, [http://www.castillofreyre.com/articulos/la\\_dacion\\_en\\_pago.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/la_dacion_en_pago.pdf); MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *La dación en pago. Estudio de Derecho peruano y comparado*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-11, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); LEDESMA, José de Jesús: *La dación en pago. Del Derecho Romano al Derecho actual*. Prof de la IUA y de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/9/pr/pr14.pdf>; MARIN MARTÍNEZ, Álvaro: *La dación en pago con efectos extintivos en la ejecución hipotecaria*. Universidad de la Rioja. Trabajo fin de grado. Servicios de Publicaciones, 2013, [http://biblioteca.unirioja.es/tfe\\_e/TFE000235.pdf](http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000235.pdf); CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 155-176; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 326-328; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 506; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 251-253; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 131-133; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 396-402; LASARTE, *Derecho...*, pp. 119-121; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 633-647; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 273 y 274; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 449 y 450; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 80 y 81; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 177-184; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 418-420; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 125 y 126; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 148-153; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 176-178; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 253-256; GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Madrid, Editorial Reus S.A. 1930, Vol. VII, Trad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, pp. 343-363; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 368-371; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo: *La dación en pago: elementos y propuesta de calificación jurídica*. En: Revista Jurídica Ars Boni et Aequi Año 11, N° 1, Chile, Universidad Bernardo O' Higgins, junio 2015, pp. 101-135.

<sup>55</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La obligación negativa...*, p. 120.

<sup>56</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 506.

<sup>57</sup> Véase también: LEDESMA, *ob. cit.*, p. 418, los civilistas se preocupan poco por el estudio de la dación en pago; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 1, la dación en pago constituye una institución jurídica importante en la práctica, al tiempo que olvidada por parte de la doctrina científica; GIORGI, *ob. cit.*, p. 343, se ha estimado por los modernos merecedora de tan poca consideración.

<sup>58</sup> Véase refiriendo la dación en pago no dentro de los modos de extinción sino a propósito del tema “*El pago*”: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 326-328; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 251-253; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 396, “Es una modalidad del pago”; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 149, considero que la dación en pago produce un verdadero pago (es decir, es una variante –por cambiar la prestación– del mismo).

<sup>59</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 450.

de pago<sup>60</sup>. Y así, la tesis de la “modalidad de pago”<sup>61</sup> es considerada por algunos para explicar la naturaleza del instituto en comentarios<sup>62</sup>.

Sin embargo, otros rechazan tal criterio pues “la dación en pago es un acto que requiere necesariamente el consentimiento del acreedor, en cambio que el pago no requiere ese consentimiento”<sup>63</sup>, toda vez que la dación en pago es ajena “al problema de los mecanismos unilaterales que permiten la incondicionada liberación del deudor”<sup>64</sup>. Aunque lo cierto, es que la sola denominación de la figura denota su vinculación al “pago”, pero desatendiendo el principio de la identidad por consensuada voluntad de las partes. De allí que el tema se asocie inevitablemente al “pago”.

Denominada antiguamente “*datio pro soluto*” acontece ante la dificultad de cumplir el programa inicial de la obligación<sup>65</sup>. Es posible que las partes convengan, a *posteriori*, que el fin de la obligación se logre de una manera distinta a la inicialmente programada y convenida mediante la ejecución de una prestación diferente a la debida<sup>66</sup>. Esto es, simplemente configura el pago consensuado con una prestación diversa a la inicialmente asumida con el exclusivo objeto de ponerle fin a la relación obligatoria.

El deudor “paga” mediante una prestación distinta a la originalmente pactada con la aquiescencia del acreedor. La dación en pago se presenta pues, como una forma de dar cumplimiento a la obligación a través de una prestación diferente a la inicialmente debida, por voluntad de las partes (acreedor y deudor) y que tiene el radical efecto de extinguir la obligación<sup>67</sup>.

“La dación en pago se puede definir como un subrogado del cumplimiento<sup>68</sup> que implica la existencia de un medio extintivo de las obligaciones

<sup>60</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 396, “es una modalidad del pago”.

<sup>61</sup> Véase: RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, pp. 441-505, incluye entre las formas especiales de pago: la imputación, la consignación, el pago por cesión, el pago por subrogación y la “dación en pago”.

<sup>62</sup> Véase: ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 639 y 640, el autor sin embargo lo considera una figura autónoma; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>63</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML>.

<sup>64</sup> MELICH ORSINI, *El pago...*, p. 19, el autor no estudia la “dación en pago” en la citada obra del pago, si como tampoco la considera en su obra *Modos de extinción de las obligaciones*.

<sup>65</sup> ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 131.

<sup>66</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, Vol. I, p. 112.

<sup>67</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 344; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 180; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 119; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 396; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 48; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 326; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 16; Cristóbal MONTES, *El pago...*, p. 155.

<sup>68</sup> Véase: BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 2; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 177; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441-.html> “es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación o lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de <<subrogado del cumplimiento>>”.

consistente en que, llegado el momento de cumplimiento de la obligación, el deudor ofrece al acreedor –y este acepta de aquel– la realización de una prestación distinta de la inicialmente pactada, de modo que, cuando el deudor la realice, la operación efectuada se considerará perfeccionada, con los consiguientes efectos que le son propios, esto es, la extinción de la obligación y, en consecuencia, la liberación del deudor así como la satisfacción de los intereses crediticios”<sup>69</sup>.

La dación en pago atiende pues al interés del acreedor y a la función satisfactiva del pago: si el acreedor se da por satisfecho y estima suficiente una prestación distinta a la debida, *allá él*<sup>70</sup>. “Por su idoneidad, la dación en pago puede ser considerada como un medio no ideal de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, cual es el cumplimiento de lo debido inicialmente, en la medida en que a través de la dación en pago se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida”<sup>71</sup>.

Se presenta así como una forma supletoria de cumplimiento<sup>72</sup>, perfectamente lícita, posible y frecuente<sup>73</sup>. Se deriva de la definición que la alteración de la prestación inicialmente debida igualmente exige la autorización expresa del deudor<sup>74</sup>. De allí que entre los requisitos de la figura se aluda a “consentimiento”<sup>75</sup>, obviamente tanto del acreedor como del deudor; partes igualmente relevantes de la relación obligatoria.

Es pues, una institución en virtud de la cual el deudor “da” (y de allí su denominación) al acreedor una cosa o prestación distinta a la debida extinguiéndose la obligación. Se trata a decir de Alid Zoppi simplemente de dar algo para pagar una deuda, entregar una cosa en pago de lo que era la debida<sup>76</sup>. Supone el pago con una prestación distinta a la originalmente pactada, generalmente a través de la entrega de una cosa, pero bien pudiera –según indicamos– tratarse de una prestación de hacer o inclusive de no hacer. Por lo que si bien algunos se refieren a la dación en pago como la transferencia del dominio de una cosa o derecho<sup>77</sup>, no siempre consiste

---

<sup>69</sup> BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>70</sup> CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 100 (destacado original).

<sup>71</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*, p. 3.

<sup>72</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 472.

<sup>73</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 120.

<sup>74</sup> LEDESMA, *ob. cit.*, p. 424.

<sup>75</sup> Véase *infra* N<sup>o</sup> 3 de este mismo tema.

<sup>76</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>77</sup> Véase: *ibid.*, pp. 7 y 8, la define como entregar una “cosa” en pago de la que era la debida. No solo puede darse en pago bienes materiales sino cualquier otro derecho como acreencias, acciones, valores, etc.; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil Venezolano)*. Caracas, Ediciones Liber, 2006, p. 124, el autor estudia la figura a propósito del retracto legal del artículo 1546 del CC; GIORGI, *ob. cit.*, p. 349, en la manera ordinaria de hablar los juristas han entendido siempre por dación en pago la prestación de una cosa material, excluyendo por tanto el *facere*.



en un dar sino también en la ejecución de un hecho o de una *abstención* (*factum pro facto, pro re, pro pecunia*)<sup>78</sup>. Ello a pesar que la figura sea típica o característica de obligaciones de dinero<sup>79</sup> pero indicamos que aplica a cualquier especie de prestación.

Le ha faltado hasta un nombre propio en el vocabulario jurídico<sup>80</sup>. Y su denominación no refleja su verdadero alcance. Así pues, la institución en estudio es más amplia de lo que su expresión tradicional indica pues se puede dar en pago una cosa o transmitir un derecho, pero también una prestación de hacer o una prestación negativa, distinta a la debida<sup>81</sup>. En otras legislaciones se alude al instituto como “pago por entrega de bienes”<sup>82</sup>, pero tal término igualmente resulta insuficiente porque se limita a una especie de obligación. Por ello podría denominarse más propia y ampliamente “prestación” en pago, pues aquella no se reduce a un dar. Y al efecto Belinchón ve más correcta la denominación que utiliza el derecho italiano para referirse a la dación en pago, esto es, *prestazione in luogo dell’adempimento*, o lo que es lo mismo, “prestación en lugar del cumplimiento”<sup>83</sup>. En todo caso hemos reiterado a propósito de las denominaciones que “el nombre no hace al concepto”<sup>84</sup>.

La dación en pago no está expresamente consagrada en el Código Civil dentro de los modos extintivos de las obligaciones<sup>85</sup> pero se deriva de su texto al presentarse como una excepción al principio de la identidad del pago<sup>86</sup> por aplicación de la autonomía de la voluntad<sup>87</sup>.

Pero ciertamente, su posibilidad se desprende del artículo 1290 CC<sup>88</sup> que dispone: “*No puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la*

<sup>78</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 400.

<sup>79</sup> Véase: ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8, la dación en pago es usual en deudas de dinero, pues si el deudor no dispone de numerario o efectivo es posible que para saldar su obligación de en pago un bien mueble o inmueble; es útil en épocas de crisis y falta de liquidez pues con ella se obvian procedimientos judiciales y gastos, pues es mejor aceptar un bien que acudir a juicio.

<sup>80</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>81</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>82</sup> Véase: MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires, Zavalia, 2004, T. III, p. 39.

<sup>83</sup> BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 2; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 155, refiere que tal denominación se utiliza también en el Derecho alemán.

<sup>84</sup> Véase: CORIOLANO, *ob. cit.*

<sup>85</sup> Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-HTML> “ la Dación en Pago, constituye uno de los modos de extinción de las obligaciones que no aparecen recogidos en el artículo 1156 del Código Civil, aun cuando debiese ser recogido, pues con ello se pondría fin a muchas de las cuestiones controvertidas que la dación en pago plantea”.

<sup>86</sup> Véase en sentido contrario, considerando que la dación en pago no constituye excepción a dicho principio por tener un efecto novatorio: WAYAR, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 367 y 368.

<sup>87</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 149; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 14; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 155.

<sup>88</sup> Véase: ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 7, su posibilidad es contemplada indirectamente por el legislador venezolano en el artículo 1290 CC.

que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o aun superior al de aquélla”. Ello amén del artículo 1834<sup>89</sup> *eiusdem*. De ello se deriva que el acreedor bien puede aceptar una prestación distinta aun cuando el valor sea inferior, igual o superior. Sin que en este último caso pueda pretenderse alegar enriquecimiento sin causa, pues la propia ley permite implícitamente la figura de la dación en pago, como una aplicación de la autonomía de la voluntad que pone fin a la relación jurídica obligatoria.

Por lo que se puede afirmar que al igual que en otros países la figura “carece de reglamentación”<sup>90</sup>, aunque las citadas normas aluden a la misma. Sin embargo, al margen de su consagración expresa dentro de los modos extintivos de la relación obligatoria, si el acreedor acepta que su deudor le entregue (*datio*) una cosa distinta de la debida como medio o forma de pago que extinga el derecho de crédito, que tenga frente a él, estamos ante la figura en estudio<sup>91</sup>. De allí que se pretenda calificar como un modo de extinción “atípico” de las obligaciones<sup>92</sup>, toda vez que si bien no está expresamente previsto en los medios extintivos de las obligaciones, su procedencia resulta jurídicamente válida como variante del pago.

Y así la ley civil reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta –en pago de lo que debe– una prestación distinta a la originalmente pactada. Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda.<sup>93</sup> La dación en pago considerada como una convención lograda entre las partes, deriva de la necesidad de facilitar el pago del deudor. Es fácil comprender que en muchas ocasiones por razón del comercio jurídico el acreedor haya preferido recibir algo distinto a ruego del deudor, a tener que acudir ante los tribunales o correr el riesgo de insolvencia. Sin excluir que sea el propio acreedor quien proponga la figura<sup>94</sup>. La dación en pago no es un medio normal de cumplir, pero al menos sirve para evitar litigios y conciliar los intereses contrapuestos de acreedor y deudor. De todas maneras, empleada con prudencia y sin abuso la dación en pago cumple –desde la antigua Roma– una función social y su uso no ha decaído, no obstante los inconvenientes, dificultades y problemas que ofrece<sup>95</sup>.

Vale citar que la dación en pago supone una opción *a posteriori*, a falta de cumplimiento de la obligación original. Y por tal difiere del caso en

---

<sup>89</sup> “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”.

<sup>90</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 634; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 273, no regulada por el Código Civil aunque sí se hace eco de ella.

<sup>91</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 273.

<sup>92</sup> Véase: BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 12, “modo de extinción de las obligaciones de carácter atípico”.

<sup>93</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

<sup>94</sup> LEDESMA, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>95</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 9.

que ha sido pactado previamente la posibilidad de un pago con prestación diversa bajo la figura de la obligación facultativa<sup>96</sup>. En tal sentido, indica la doctrina: “En efecto, por existir una prestación *in facultate solutionis*, el deudor de una obligación facultativa puede satisfacer el cumplimiento de la obligación originaria con la ejecución de otra prestación distinta. De allí que la dación en pago pretende asimilarse, en algunas ocasiones, a las obligaciones facultativas. Esta concepción, sin embargo, es errónea, ya que en la dación en pago acreedor y deudor no convienen, al tiempo del nacimiento de la obligación, en otorgar al deudor facultad de sustitución en el objeto de pago. La facultad de sustitución –considera Barchi Velaochaga– implica la posibilidad del deudor de modificar el objeto de la relación obligatoria. Tal posibilidad ha sido previamente establecida por las partes como un derecho potestativo del deudor. En la dación en pago, en cambio, las partes no han previsto una prestación «sustitutoria».<sup>97</sup>

No hay dación en pago tampoco en la obligación alternativa en que existe pluralidad de objetos debidos<sup>98</sup>. Por lo que se diferencia la figura de las obligaciones alternativas y facultativas en que en estas se ha previsto desde su nacimiento una pluralidad de objetos<sup>99</sup>. De tal suerte, que la dación en pago constituye una opción de cumplimiento distinta a la originalmente pactada que acaece en un momento posterior al término de la obligación y no al nacimiento de la relación obligatoria a diferencia de la obligación facultativa e inclusive de la alternativa. Su posibilidad genéricamente no tiene en modo alguno que haber sido prevista en el contrato porque se presenta como una simple y eventual manifestación de la autonomía de la voluntad al momento en que la obligación es exigible.

Por otra parte, dado que la figura supone una excepción al principio de la *identidad*<sup>100</sup> del pago, según el cual la prestación cumplida debe ser exactamente igual a la debida, puede igualmente por consecuencia también constituir una excepción al principio de la *integridad* del pago, según el cual éste ha de ser completo. Ello toda vez que el instituto supone un “pago” diferente, esto es una prestación distinta a la inicialmente debida, por lo que en ocasiones no coincidirá necesariamente con su valor integral, pudiendo inclusive exceder del mismo.

Al efecto se indica: “Del artículo 1290 del Código Civil se desprende que no importa el valor del bien o bienes dados en pago y hasta puede ser superior al monto de la deuda, pues, precisamente, la dación en pago implica

<sup>96</sup> Véase *supra* tema 5.1.5.

<sup>97</sup> Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

<sup>98</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 400 y 401; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 23 y 24; *supra* tema 5.1.5.

<sup>99</sup> LEDESMA, *ob. cit.*, p. 419; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>100</sup> Véase: O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 450; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 80; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 729, el acreedor conserva el derecho a rechazar una sustitución del objeto del pago. Sin embargo, puede aceptar otra cosa diferente a la que les es debida.

un cumplimiento por equivalente, sin que el valor de lo entregado deba necesariamente corresponder a lo debido. En efecto, todo pago supone una deuda (artículo 1178 del Código civil); de manera que lo que se paga de más está sujeto a repetición; pero si se trata de una dación en pago no hay lugar a exigir que el acreedor devuelva la diferencia, si la hubiere, pues quien hace una dación en pago está consciente de que entrega algo distinto independientemente de su valor. Correlativamente, el acreedor que reciba en pago un bien que vale menos de la deuda, nada puede reclamar de su deudor, salvo pacto en contrario”<sup>101</sup>.

Cabe concluir así que la identidad e integridad del pago no es óbice para la procedencia de la extinción de la obligación mediante una prestación contraria a la original si la voluntad de las partes así lo disponen. Esto, pues la dación en pago supone una renuncia del acreedor a la protección que le brinda el artículo 1264 del CC, que dispone que “las obligaciones deben cumplirse *exactamente* como han sido contraídas”, pues aceptó el cambio introducido por el deudor al momento del pago<sup>102</sup>. “Todo pago supone una deuda”<sup>103</sup> y precisamente el pago por dación cancela la deuda preexistente pero con una prestación diferente.

Mediante la *datio in solutum* puede extinguirse todo tipo de obligaciones con indiferencia de su origen sea negocial, legal o hecho ilícito, porque es evidente que la finalidad de la misma se enrumba a facilitar con la aquiescencia de los acreedores la satisfacción de los créditos, se presenta como deseable en cualquier especie de vínculo obligatorio, siempre, como es natural, que la entrega de la prestación distinta de la debida sea aceptada por el acreedor “en lugar del pago”<sup>104</sup>.

### 3.2. *Antecedentes*<sup>105</sup>

Para algunos surge sobre las huellas quizás incompletas de la legislación romana<sup>106</sup>. La dación en pago se origina históricamente cuando un derecho claramente desarrollado en su dogmática como lo fue el Derecho Romano<sup>107</sup> reconoce poder jurídico modificador del orden interpersonal a la voluntad humana. Se requirió la introducción del circulante monetario que generó la verdadera hipótesis de aparición socio-jurídica de la dación en pago.<sup>108</sup> Los jurisconsultos romanos concibieron la figura con el alcance restringido

<sup>101</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>102</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 156.

<sup>103</sup> Véase art. 1178 del CC a propósito del pago de lo indebido.

<sup>104</sup> *Ídem*.

<sup>105</sup> Véase sobre su origen y evolución: MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 9-15.

<sup>106</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>107</sup> Véase a propósito del instituto en el Derecho romano: MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, *ob. cit.*, pp. 9-12; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 156 y 157; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 49, el Derecho romano justiniano contempló con relativa amplitud la figura

<sup>108</sup> LEDESMA, *ob. cit.*, pp. 418 y 419; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 49.

que denota el nombre; cuando el deudor transfería al acreedor la propiedad de una cosa corporal para pagarle una obligación de dinero<sup>109</sup>. Y así a propósito del pago en las Institutas se indica que si bien el acreedor no estaba obligado a aceptar el pago de un objeto distinto, ello no implicaba que estuviere vedado que lo aceptase en forma voluntaria produciéndose el supuesto de la dación en pago o *datio in solutum*<sup>110</sup>.

La doctrina post-romana amplió el campo de la figura dando eficacia al pago con una prestación distinta a la debida (por ejemplo, la tradición de una cosa en vez de un hecho o una abstención)<sup>111</sup>. Hoy en día, se admite que la dación en pago de una prestación distinta a la originalmente debida para extinguir una obligación no necesariamente ha de consistir en un “dar” sino que también puede configurarse en una obligación positiva de hacer<sup>112</sup>, e inclusive en una prestación negativa<sup>113</sup>.

Algunos códigos foráneos prevén expresamente la figura como es el caso del portugués, italiano<sup>114</sup> y alemán<sup>115</sup>. El Código Civil venezolano no la contempla expresamente dentro de los modos extintivos de las obligaciones pero según indicamos se deduce de sus artículos 1290 y 1834, constituyendo una clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad en materia de Obligaciones.

### 3.3. *Naturaleza*<sup>116</sup>

Algunos la consideran una modalidad de pago<sup>117</sup> que constituye una excepción al principio de la identidad del pago. Para los Mazeaud no deja de ser “un pago muy particular”<sup>118</sup>. Y así para la doctrina francesa se presenta como “una variedad del pago”<sup>119</sup>. También se le ha tratado de confundir

<sup>109</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 396.

<sup>110</sup> ÁLVAREZ, Tulio Alberto: *Las institutas de Justiniano II-Obligaciones*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello/ Universidad Monteávila, 2012, p. 229 (el autor refiere la figura a propósito del “pago”).

<sup>111</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 397.

<sup>112</sup> Véase: CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 100; LEDESMA, *ob. cit.*, p. 420.

<sup>113</sup> Véase: PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 253.

<sup>114</sup> MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 14.

<sup>115</sup> Véase: Cristóbal MONTES, *El pago...*, p. 155.

<sup>116</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 350-352; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 158-169; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 327 y 328; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 13 y 14; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 118-131; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 254 y 255; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 16-20; Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-HTML>.

<sup>117</sup> Véase según indicamos tratándola dentro del tema del pago: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 48-53. Aunque el autor concluye siguiendo a Cristóbal Montes que constituye un contrato a título oneroso conformado por dos elementos concurrentes simultáneamente, por un lado el acuerdo de los interesados respecto de la prestación debida y por otro la ejecución de la nueva (*ibid.*, p. 51); SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 273, se trata de una modalidad o variante del pago.

<sup>118</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 181.

<sup>119</sup> PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p.703, que deroga el principio de la identidad del pago si hay consentimiento.

con la novación<sup>120</sup>, la compraventa<sup>121</sup> y la permuta<sup>122</sup>. O en todo caso aplicarle la respectiva regulación de cada una de éstas<sup>123</sup>. Pero, ciertamente se presentan diferencias sustanciales. En cuanto a su naturaleza jurídica, es interesante la polémica doctrinal estimando que se asimila a la compraventa (Domat y Pothier) en la que el crédito sería el precio de la misma. Pero refiere Bernad Mainar que no siempre son idénticas las consecuencias jurídicas entre la compraventa y la dación en pago, ni tampoco coincide la voluntad de las partes en ambas operaciones, pues mientras la compraventa pretende crear un vínculo jurídico obligatorio, la dación en pago tiende precisamente a lo contrario: a su extinción definitiva<sup>124</sup>. Alid Zoppi agrega que no se asimila a la venta porque no se trata de transferir la propiedad de un bien a cambio del precio que paga al comprador, sino de poner fin a una deuda preexistente. Y menos se asemeja a la permuta, porque no hay intercambio de bienes<sup>125</sup>.

Otros consideran que se trata de una novación objetiva, a lo que se observa que ni el deudor que da en pago ni el acreedor que lo recibe pretenden crear un nuevo crédito para extinguir el primitivo (*animus novandi*), sino que su voluntad se orienta directamente a extinguir el crédito anterior mediante una prestación distinta a la debida, que para el acreedor tiene la misma eficacia en el cumplimiento que tenía la antigua prestación, y es que la precedente obligación nunca es sustituida por otra, sino que simplemente desaparece cuando es sustituido el objeto debido en el momento del pago y el acreedor acepta la diferente prestación que le ofrece el deudor *pro soluto* –de modo diverso al cumplimiento– y no *pro solvendo*, es decir, en la forma de cumplimiento convenido originalmente<sup>126</sup>.

Y en efecto, la figura no se parece a la novación porque en ésta el deudor contrae una nueva obligación en sustitución de la anterior, mientras que en la dación en pago el deudor de una vez cumple por equivalente la obligación

---

<sup>120</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 160 y 161; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 638 y 639; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 17 y 18; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 7; OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*, “...en opinión nuestra la dación en pago no es una figura que tenga autonomía conceptual. Se trata, simple y llanamente, de un caso de novación objetiva”.

<sup>121</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 158-160; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 120; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 16 y 17; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 636-638; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 506.

<sup>122</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 350 y 351; ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328.

<sup>123</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441.html> en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago, una posición ya superada asimila la figura al contrato de compraventa... se fundamenta en la necesidad de que se responda frente al adquirente por los vicios o defectos ocultos o por evicción del bien dado en pago”.

<sup>124</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 49 y 50.

<sup>125</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>126</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 50.

que tenía y no nace una nueva<sup>127</sup>. No acontece en la figura bajo análisis un efecto novatorio sino extintivo asimilable al pago. Para Cristóbal Montes pretender explicar la figura por la novación constituye una típica fantasía teórica pues si se tratara de ésta haría falta que las partes declaren claramente su propósito de extinguir la vieja obligación para dar paso a la nueva<sup>128</sup>.

No ha faltado quien viéndola próxima a la novación, vea en ella una “modificación objetiva” que deviene en una obligación facultativa<sup>129</sup>.

Finalmente algunos ven en la dación en pago una institución compleja, mixta o ecléctica, que participaría de caracteres comunes entre distintos institutos civiles<sup>130</sup>, como la permuta, la compraventa y la novación objetiva, por presentarse como una faceta del pago. Sin embargo, esta fusión presenta el inconveniente de que no pueden coexistir entre sí y menos configurarse en una unidad superior por ser excluyentes, porque de admitirse tal construcción jurídica estaríamos en presencia de un verdadero *monstrum iuris*<sup>131</sup>, pues tendría simultáneamente tres aspectos o caras totalmente distintas. Incluso, se ha planteado la posibilidad de un contrato real atípico pero se trata de una tesis que difícilmente puede escapar del influjo de la novación<sup>132</sup>. Por lo que ver la figura como una mezcla de pago, novación y venta, lejos de facilitar su estudio lo complica extraordinariamente<sup>133</sup>. Amén que la prestación no necesariamente debe recaer sobre una cosa. Los autores modernos consideran que la dación en pago no admite explicaciones tomadas de otras instituciones como la compraventa, permuta, novación y compensación pues la figura se ubica en el pago en general, por lo que mientras no se legisle al respecto los problemas que suscite deben ser resueltos conformes a las reglas y principios del pago en general<sup>134</sup>.

Sin embargo, con base a todo lo indicado podría concluirse que se trata de una institución autónoma que si bien presenta semejanzas con las demás, no se confunde en sí misma con ellas<sup>135</sup>. Se cita entre las tesis que explican su naturaleza también aquella que indica que del valor y

<sup>127</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 255; LEDESMA, *ob. cit.*, p. 419, es un fenómeno que se origina con motivo del pago y que debe distinguirse pulcramente de la novación por cambio de objeto. Tratándose de la novación estrictamente hablando no existe pago de la primera obligación.

<sup>128</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 164 y 165.

<sup>129</sup> MANTEROLA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 128-131.

<sup>130</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 161 y 162, refiere entre las opciones que pretenden explicar su naturaleza el “acto complejo”; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 51.

<sup>131</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 351; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 397, nota 65.

<sup>132</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 51.

<sup>133</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 165.

<sup>134</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 398.

<sup>135</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 640 y 641; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 20; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 11.

significado que se le otorgue al convenio extintivo dependerá la naturaleza jurídica de la figura<sup>136</sup>.

Vista que la dación en pago se define como un acuerdo, entre acreedor y deudor, en el que se cumple con un objeto distinto al debido<sup>137</sup>, para algunos la figura responde a la de un convenio *solutorio* que modifica la obligación existente y en donde el acreedor tiene derecho a exigir el pago de lo convenido en sustitución de la prestación inicialmente programada y el deudor el deber de prestarla con la correspondiente perspectiva de su liberación<sup>138</sup>. Calificada también como “negocio atípico”<sup>139</sup> o más precisamente se trataría de un convenio extintivo de la obligación preexistente<sup>140</sup>, por lo que algunos consideran al “*contrato*” para explicar su naturaleza<sup>141</sup>. Aunque la amplitud del contrato que efectivamente incluye la extinción de un vínculo jurídico de conformidad con el artículo 1133 del Código Civil no parece ser la más idónea para aproximarnos a la naturaleza de la dación en pago.

En nuestra opinión la figura constituye un medio extintivo de las obligaciones que si bien presenta características propias, se erige como derivado del *iter* final hacia el pago o más bien ante el fracaso de éste, pero siempre con proyección del consentimiento de las partes. La prestación en lugar de cumplimiento o dación en pago constituye una figura en definitiva de notable incidencia en las relaciones obligatorias, pues ciertamente al acreedor en principio, más le conviene recibir una prestación distinta a la originaria que a acudir a la jurisdicción en caso de incumplimiento. Por lo que representa una indudable importancia práctica pues ahorra eventuales litigios.

La dación en pago se ubica a la par de la compensación en los medios extintivos de la obligación que satisfacen al acreedor<sup>142</sup>. Pero cabe indicar que el único medio verdaderamente satisfactivo de la obligación es el pago, por los que otras variantes cercanas siempre podrán ser cuestionadas y de ser así carecería de sentido una clasificación que logre la satisfacción del acreedor. Pero si se compara la situación del acreedor cuyo derecho se ha extinguido por “prescripción” con aquel respecto del que ha acontecido la dación en pago y de alguna manera obtuvo una prestación a su favor aunque diferente a la esperada y pactada, se entenderá la diferencia en la clasificación.

---

<sup>136</sup> Véase: CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 162 y 163, cita la construcción de “Fernández Novoa”.

<sup>137</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 633.

<sup>138</sup> LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>139</sup> Véase: CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>140</sup> DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>141</sup> MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 18 y 19, la dación en pago, algunos la equiparan a un contrato; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 161, cita a Espín Cánovas para quien se trata de un *contrato extintivo*; LAGRANGE, *Apuntes...* la dación en pago es un “contrato solutorio” porque es un contrato a poner fin a la relación obligatoria. Ello está implícito en el artículo 1133 del CC.

<sup>142</sup> Véase: FERRER DE SAN-SEGUNDO, *La obligación negativa...*, p. 165-168 incluye la dación en pago y la compensación.



Como la *datio* constituye una figura autónoma, independiente y atípica desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico civil, resulta necesario atribuirle un régimen jurídico propio. Habida cuenta de que la *datio* se cataloga jurídicamente como un subrogado del cumplimiento, a ésta le deberemos aplicar las normas contenidas en el CC en materia de cumplimiento de las obligaciones, sin que por este motivo deba considerarse como un pago *strictu sensu*, sino un pago impropio con una prestación que no ha sido objeto de la obligación<sup>143</sup>. A falta de normativa específica y por ser una modalidad de pago con natural efecto extintivo de la obligación, han de regir efectivamente las normas relativas al cumplimiento voluntario o pago. Por último, por lo que al régimen jurídico aplicable a la *datio* se refiere también, habrá de considerarse la interpretación de la voluntad de las partes implicadas en la realización de esta operación jurídica<sup>144</sup>. Ello toda vez que estamos ante una manifestación válida de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, no ha faltado quien recomiende su inclusión expresa en el Código sustantivo al igual que otros ordenamientos a fin de contribuir al esclarecimiento de su naturaleza<sup>145</sup>.

Algunos distinguen entre las clases de dación en pago: *necesaria*: sin concurso de voluntades de acreedor o deudor, por ejemplo la ejecución forzosa. Por contraposición a la *voluntaria*<sup>146</sup>. De allí que se ubica entre los medios voluntarios de extinción<sup>147</sup>. Es la que nos interesa en el presente estudio.

3.4. *Elementos o requisitos*<sup>148</sup>. Los requisitos o condiciones para que proceda la figura son: \*Prestación dada con intención de pagar \*La prestación dada debe ser diferente a la debida \*Consentimiento \*Capacidad de ambas

<sup>143</sup> BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>145</sup> Véase: *ibid.*, p. 14.

<sup>146</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 344; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 325; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, <http://cojedes.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML>; Juzgado Quinto Ejecutor de Medidas de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada, San Francisco, Mara, Páez y Almirante Padilla de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 7-6-11, Exp. 2.507-11, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/.../499-28-2.507-11-212-11.HTML>.

<sup>147</sup> Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

<sup>148</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 344-349; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327; Cristóbal MONTES, *El pago...*, pp. 169-171; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 2-7; MANTEROLA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 106-117; ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 7; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 64; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 273 y 274; CALVO BACA, *ob. cit.*, p. 251; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 178; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 177; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 253 y 254; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 100; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 399 y 400; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 48 y 49; MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 20 y 21; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, <http://cojedes.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML>.

partes \*Obligación vencida \**Realización efectiva de la nueva prestación*. Se aprecian decisiones judiciales que admiten esta modalidad de extinción de las obligaciones inclusive en el curso de un proceso<sup>149</sup>, indicando las citadas condiciones de procedencia. Veamos cada uno de los elementos.

3.4.1. *La prestación dada con la intención de pagar*<sup>150</sup>: La nueva prestación debe tener lugar con la absoluta intención de pagar y por ende extinguir la antigua obligación. De lo contrario no opera la figura en estudio. Esto es que se produzca la extinción de la obligación (*animus solvendi* con intención de extinguir la obligación existente). Se excluye las hipótesis en que se entregue una cosa, no para extinguir una obligación, sino para crear una obligación nueva. Tal como ocurre con cosas entregadas en depósito, comodato o mutuo, casos éstos que no constituyen daciones en pago<sup>151</sup>.

3.4.2. *La prestación dada debe ser diferente a la originariamente debida*. Constituye pues elemento o requisito esencial de la dación en pago que la prestación por la que se extingue la relación obligatoria es formal o sustancialmente distinta a la inicialmente pactada. No existiendo así correspondencia en tal sentido con el programa inicial de la prestación. Según indicamos ello diverge de las figuras de las obligaciones alternativas, así como de las facultativas, en la que la opción con pago distinto existe *ab initio*. De allí que insistimos que se trata de otra prestación en lugar de la original o prestación en lugar de pago.

Según indicamos la prestación en la dación no se reduce a un “dar” no obstante su denominación<sup>152</sup>, por lo que abarcará todo supuesto de transmisión de un derecho real, de crédito, *facere, non facere* y en general cualquier tipo de prestación con tal que sea *distinta* a la inicialmente debida<sup>153</sup>. Al efecto indica Giorgi a propósito de cuándo puede existir una prestación diferente: una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o un hecho positivo o negativo en lugar de otro hecho o de otra cosa; un crédito para con el acreedor respecto de otra persona en lugar de la cosa o del dinero o del hecho debido<sup>154</sup>. La prestación originaria podrá ser positiva (de dar o de hacer) o negativa, así como también la prestación sustitutiva. Por ejemplo, la prestación originaria puede ser entregar una cantidad de

<sup>149</sup> Véase entre otras: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 30-5-12, Exp. 017, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2012/mayo/1431-30-6017-.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 2-5-11, Exp. 15.828, <http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/1125-2-.html>; Juzgado de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 13-8-12, Exp. 2011/12, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2012/agosto/1539-13-2011-12-.html>

<sup>150</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, p. 345; BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>151</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 345; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327.

<sup>152</sup> Véase *supra* N° 1 de este tema.

<sup>153</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 157.

<sup>154</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 345.

dinero y la prestación subrogada podría ser una prestación de hacer como pintar una casa. O la prestación originaria podría ser de hacer (pintar un cuadro) y se sustituye por una de dar una cantidad de dinero. Se admiten pues múltiples categorías o ejemplos de prestaciones.

Se afirma que la diversidad de la prestación recae en el tiempo, en el lugar o en las cualidades, sean sustanciales, sean accidentales de la prestación. En cuanto a si se trata de un género limitado, refiere acertadamente Giorgi que podrá no ser lo mismo un vino de Burdeos que un vino de Borgoña, y lo relevante entonces será la intención de las partes; habrá que indagar sobre la calidad debida según la índole de la obligación<sup>155</sup>.

3.4.3. *El consentimiento*<sup>156</sup> es fundamental en la figura bajo análisis, pues surge por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, por ende deriva de la libre concurrencia de voluntades de acreedor y deudor; el primero hace excepción al principio de la identidad del pago y el segundo accede a ofrecer algo distinto a lo inicialmente debido.

Si la dación pretende una prestación sustitutiva es esencial el consentimiento de acreedor y deudor; la sola voluntad del último no basta<sup>157</sup>. Al faltar el requisito de la identidad del pago, tan sólo puede valer como tal mediando “acuerdo”. Por tanto este debe ser resaltado destacando su naturaleza de negocio jurídico<sup>158</sup>. Se trata de un negocio jurídico por el cual el deudor da una prestación distinta que el acreedor acepta recibir<sup>159</sup>. Mal podría el deudor o el acreedor ser compelido: la dación que por esencia es voluntaria<sup>160</sup>. El consentimiento según la doctrina podrá ser expreso o tácito, verbal o escrito<sup>161</sup>, aunque no está de más recomendar la opción escrita para diferenciarla claramente de la novación objetiva. A lo que habría que agregar que en aquellos casos en que la dación reclame formalidades o solemnidades éstas tendrán que cumplirse por lo que no cabría considerar una suerte de consentimiento tácito en tales casos.

De allí que se indique a propósito del consentimiento: “Así como se requiere el consentimiento del acreedor para recibir en pago otra cosa, es necesario el del deudor para la validez de la dación en pago. Por ejemplo, si el acreedor tiene en su poder una prenda no puede apropiarse de ella, sino

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>156</sup> MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>157</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 401.

<sup>158</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 450.

<sup>159</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 177.

<sup>160</sup> Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-6-10, Exp. AP21-L-2009-002983, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/.../2053-18-AP21-L-2009-002983-.HTML> “debe efectuarse la misma de manera voluntaria; y no como pretenden las partes que la entrega material de los bienes dados en dación de pago se haga de manera forzosa”.

<sup>161</sup> GIORGI, *ob. cit.*, pp. 347 y 348; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327.

que debe reclamar judicialmente la ejecución, salvo pues, que el deudor se la dé en pago; lo mismo sucede con una hipoteca; el acreedor hipotecario no puede pretender hacerse dueño del inmueble por el vencimiento del plazo y, cuando el deudor consienta darlo en pago, puede adquirir la propiedad; igual comentario tenemos para la anticresis, reserva de dominio y otras intenciones legales. En todos estos casos, el acreedor no puede, por sí y ante sí, hacerse pagar con la cosa, sino que a falta de voluntaria dación pago por el deudor, deberá acudir a la vía judicial correspondiente<sup>162</sup>. Precisamente la dación en pago como opción legal de las partes “*a posteriori*” del nacimiento de la obligación, ha de ser debidamente diferenciada del *pacto comisorio* expresamente prohibido por la ley<sup>163</sup>.

La autonomía de la voluntad constituye la pieza clave de la procedencia de la dación en pago. Dice el profesor Rams Albesa, que la dación en pago es “un supuesto más del triunfo de la autonomía de la voluntad sobre el incumplimiento puro y simple y el empleo de procedimientos destinados al cumplimiento forzoso”<sup>164</sup>.

Se afirma que resulta importante tener presente el artículo 945 del Código de Comercio, según el cual cuando un comerciante debe dinero en efectivo, es nula la dación en pago de deudas de plazo vencido si la dación se hizo después de la época de la cesación de pagos de un comerciante en quiebra, o en días anteriores a la cesación<sup>165</sup>. Norma a su vez inspirada en el artículo 1940<sup>166</sup> del CC en materia de cesión de bienes, que se refiere a la nulidad de los pagos de deudas de plazo vencido no efectuadas en dinero o en papeles negociables después de producida una cesión de bienes o en los veinte días anteriores, con la circunstancia de que la “cesión de bienes” también denominada quiebra civil no es un procedimiento usual a diferencia de la quiebra. Con base a dicha norma Alid Zoppi sostiene que puede resultar

<sup>162</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>163</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 122; TSJ/SC, Sent. N° 1444 del 14-8-08; TSJ/SC, Sent. N° 431 del 13-3-07); CC, arts. 1844, 1858, 1878.

<sup>164</sup> Véase reseña del prologuista en: BOLINCHÓN ROMO, Ma Raquel: *La dación en pago en Derecho español y derecho comparado*. Madrid, Dykinson, 2012, [www.dykinson.com/...dacion-en-pago...derecho-espanol...derecho.../978](http://www.dykinson.com/...dacion-en-pago...derecho-espanol...derecho.../978) (en lo sucesivo las citas de la autora corresponden a “*Nociones...*”).

<sup>165</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 9, agrega que por ello en materia mercantil la dación en pago hay que mirarla con reserva y los acreedores no deben aceptar en pago bienes de un comerciante en estado de insolvencia. Por lo que la figura está limitada en materia mercantil en caso de comerciantes en estado de quiebra o de atraso, cuyas daciones estarían sujetas a nulidad, aun cuando se trate de obligaciones líquidas y exigibles al momento de la dación. Véase también en sentido semejante: ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 647.

<sup>166</sup> “*Son nulos, y no surtirán efecto con respecto a los acreedores del concurso, los actos siguientes efectuados por el deudor después de la introducción de la cesión o en los veinte días precedentes a ella: La enajenación de bienes muebles o inmuebles a título gratuito. Con relación a las deudas contraídas antes del término indicado, los privilegios obtenidos dentro de él por razón de hipoteca convencional u otra causa. Los pagos de plazo no vencido. Los pagos de deudas de plazo vencido que no sean hechos en dinero o en papeles negociables. Las disposiciones de este artículo se entienden sin perjuicio de que se puedan atacar las enajenaciones hechas en fraude de acreedores dentro del término que este Código señala a tales acciones.*”

sospechosa la dación en pago cuando el acreedor tiene otros acreedores que no son satisfechos ni encuentran bienes que embargar; por lo en caso de un no comerciante se cuenta con las acciones pauliana o la de simulación<sup>167</sup>.

3.4.4. *Capacidad*: el tema de la capacidad es un tópico que forma parte de la teoría general del negocio jurídico y por ende, del contrato. De allí que para la validez de la dación en pago se precisa tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia<sup>168</sup>. El acreedor debe ser capaz de recibir el pago y tratándose de un mandatario no es suficiente que esté facultado para recibir el pago de la prestación debida sino que también debe estarlo para aceptar la que se le ofrezca como sustitutiva de ésta<sup>169</sup>. Así como acontece en materia de transacción, el deudor o el acreedor que pretenda actuar a través de la figura de la representación voluntaria, precisa autorización expresa para efectuar un pago distinto o recibirlo<sup>170</sup>. Esto pues si se requiere autorización expresa para el pago pues también o con mayor para la figura de la dación en pago, toda vez que se vislumbra como una figura distinta al pago propiamente dicho según vimos al referirnos a su naturaleza.

Se afirma así que la dación en pago precisa de la capacidad para administrar y también para enajenar y no sólo de la primera. De manera que no todo mandatario para pagar o para recibir puede recibir una dación en pago sino que se precisa facultad explícita en el mandato en interés del acreedor y del deudor conjuntamente<sup>171</sup>.

3.4.5. *Obligación vencida*: la dación en pago ha de tener lugar en el momento del vencimiento de la obligación<sup>172</sup>. Su realización en un tiempo anterior al pago nos coloca ante figuras distintas. Si el acuerdo de las partes se produce en otro momento de la vida de la obligación que no sea el de su vencimiento, ello supone un indicio para considerar que la operación que se realiza puede tratarse no de una dación en pago, sino, por ejemplo, de la configuración de una obligación con facultad alternativa o de una novación<sup>173</sup>.

De allí que algunos autores incluyan entre los requisitos que se trate de una obligación vencida y exigible, por lo que la figura sólo tendrá lugar ante el incumplimiento de la obligación originaria y no mientras el cumplimien-

<sup>167</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>168</sup> Véase *infra* tema 20.8.

<sup>169</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 402.

<sup>170</sup> Véase: OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*, De ahí que sea necesario, además de la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico, poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada”.

<sup>171</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 327.

<sup>172</sup> BOLINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 4.

to sea posible. Pues de darse un cambio antes del incumplimiento se estaría en presencia de una novación objetiva y no ante una dación en pago<sup>174</sup>. De tal suerte que si estamos en presencia de una obligación no vencida para algunos podrá existir novación u obligación alternativa o facultativa pero no “dación en pago”, porque ésta supone el fracaso del cumplimiento de la prestación por pago que es el medio extintivo por excelencia, pero como es natural ante una deuda exigible.

3.4.6. *Realización efectiva de la nueva prestación, esto es, el cumplimiento de la prestación subrogada*<sup>175</sup>: la realización efectiva de la prestación en la figura en comentarios es lo que la diferenciaría en efecto de otras instituciones. Por lo que cabe concluir que aunque la prestación no tenga lugar en forma simultánea al consentimiento ha de tener lugar en forma efectiva para que la dación en pago se perfeccione.

Existe una tesis según la cual cuando el cumplimiento de la nueva obligación se realiza acto seguido o inmediato de la convención sustitutiva, se configura la dación en pago, pero si la nueva prestación se ejecuta con posterioridad al acuerdo de partes, dicho acto debe mirarse como novación. Sobre el particular se ha dicho que sólo cuando medie un tiempo perceptible entre una y otra operación, entre la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste, es que no hay dación en pago y sí novación<sup>176</sup>. Por su parte, para otros la dación en pago es eficaz por el mero convenio<sup>177</sup>.

Finalmente, la tesis a la que adherimos sostiene que la “dación en pago” precisa como requisito necesario el cumplimiento efectivo de la nueva prestación. La dación que ha de ser efectiva aunque sea difícil en la práctica sostener que también ha de ser “instantánea”, dada la posibilidad que la prestación diferente se configure por una prestación de hacer o negativa que difícilmente son de ejecución inmediata. Porque de lo contrario; de mediar cambio de objeto naciendo otra obligación, existirá novación por cambio de objeto<sup>178</sup>.

De allí que algunos afirmen que la dación en pago a futuro es más bien una novación por cambio de objeto. Pero mientras el acreedor no haya recibido de manera íntegra la nueva prestación, la antigua obligación subsiste<sup>179</sup>. La novación objetiva supone asumir una nueva obligación, la diferencia con la dación en pago es que en ésta no nace una nueva obligación sino que se extingue definitivamente la previa, siendo el efecto extintivo de la figura bajo análisis lo que la caracteriza. Dado el carácter autónomo

---

<sup>174</sup> MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>175</sup> BOLINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>176</sup> OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, *La dación...*

<sup>177</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 450.

<sup>178</sup> Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 330; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>179</sup> Véase: MEDINA PABÓN, Juan Enrique: *Derecho Civil: Aproximación al Derecho, Derecho de Personas*, Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2ª edic., 2010, p. 357. <http://books.google.co.ve/books?isbn=9587381033>.

de la institución bajo análisis, ese efecto extintivo solo acontece con el cumplimiento efectivo, por lo que de no mediar éste, la antigua obligación subsiste intacta, toda vez que no fue sustituida por una nueva, ya que la novación exige la intención de novar o *animus novandi*.

Algunos refieren que el acuerdo de dación en pago produce en principio una acción personal, por más que necesite la *datio rei*, que no sería imprescindible para la perfección del negocio, movido en el contexto de las promesas o voluntad de obligarse<sup>180</sup>. Refiere Belinchón Romo que se aprecia el elemento consensual y el elemento real<sup>181</sup>. Agrega la autora que gran parte de la doctrina insiste en que la prestación que sustituye la originaria debe acontecer o tener lugar en forma efectiva a los fines de la extinción de la obligación. Se indica así que “Además de la existencia del acuerdo mencionado que –reitero– simplemente se produce para atribuir eficacia extintiva al *aliud*, la dación en pago implica el denominado «elemento real», pues, tras el acuerdo de *solvens* y *accipiens*, se ha de realizar la nueva prestación pactada, en la medida en que la única intención que las partes tienen al celebrar la dación es la de extinguir la obligación que las vincula. Si no se produce la realización efectiva de la nueva prestación, no existe dación en pago.<sup>182</sup> De allí que indique acertadamente en sentido semejante la doctrina patria que “no hay ni puede haber dación en pago condicional, provisional o a título distinto de transmisión, transferencia, o cesión del bien o derecho que se da en pago. Cualquier modalidad que no implique una transferencia, pura y simple, de la propiedad o derecho que tiene el deudor, no es dación en pago porque el pago es el cumplimiento de una obligación y que tiende a extinguirla y, en su caso, la dación cumple la misma función”<sup>183</sup>. Cualquier otra modalidad constituye un acuerdo distinto pero no dación en pago pues el pago es la entrega de lo debido o su equivalente por dación. Si no hay liberación total probablemente se estará en presencia de una novación<sup>184</sup>. Pero debe tenerse presente que para que opere esta última es necesario el “*animus novandi*” o la intención de novar.

En el mismo sentido, en la doctrina francesa los Mazeaud indican que la necesidad de una transmisión inmediata de la propiedad en la figura es indiscutible que prohíbe la dación en pago sobre cosas futuras y la exigencia de una entrega inmediata impide la dación en pago de una cosa cuya entrega fuera acompañada de un término. Pues para los autores si la operación no se consuma inmediatamente sino que deja subsistente una nueva obligación para el deudor, constituiría una novación por cambio

<sup>180</sup> MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 80, es dudoso pretender asimilarlo a la compraventa, porque la prestación originaria reemplaza es el precio y entonces más bien sería permuta. Para que fuese novación se precisaría la voluntad expresa de novar de las partes.

<sup>181</sup> BOLINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 7 y 8.

<sup>183</sup> ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>184</sup> *Ibid.*, pp. 8 y 9.

de objeto. Pero la dación en pago no constituye una novación<sup>185</sup>. Giorgi señala en la misma línea que cuando el objeto de la dación es un *factum*, o el hecho es prometido y no realizado, existe una verdadera novación<sup>186</sup>. Pero de nuestra parte, nos resistimos por esa sola circunstancia, a calificar el nuevo acuerdo de “novatorio”.

Mal puede pensarse que esa ejecución sustitutiva que es la esencia de la institución de la dación en pago dé nacimiento a una nueva obligación<sup>187</sup>. En efecto, la dación en pago es un acto jurídico de naturaleza convencional, pero que solo se perfecciona y produce sus efectos mediante la ejecución de la prestación sustitutiva<sup>188</sup>. Para algunos de no estar ante prestaciones “instantáneas o inmediatas” se configuraría una novación objetiva en lugar de una dación en pago<sup>189</sup>.

Afirma acertadamente Cristóbal Montes que es circunstancia frecuente en la práctica que primero se pacta el cambio y luego se ejecuta el mismo. Lo cual sólo reseña que las partes han pactado algo distinto. Ello no lo convierte en novación, aunque ciertamente el pacto de cambio precede a la ejecución de la prestación. Pero ello no es obstáculo para que la dación no pueda quedar perfeccionada hasta ese segundo momento<sup>190</sup>. Quienes sostienen lo contrario no advierten que la dación en pago precisa dos elementos: el acuerdo y la realización de la prestación. “Dar en pago no puede ser diferente a lo que el pago en sí supone (realizar una prestación), pero en cuanto no es estrictamente éste, porque no se ejecuta de manera exacta la prestación que se debe sino otra, precisa también del acuerdo al respecto de los sujetos involucrados en la relación obligatoria”<sup>191</sup>.

De nuestra parte, más que aludir a cumplimiento “inmediato” preferimos referirnos más precisamente a cumplimiento “*efectivo*” de la prestación. Pues si la figura puede conformarse por prestaciones distintas a las de dar, difícilmente se puede pretender un cumplimiento “instantáneo” al acuerdo extintivo. El problema viene dado entonces en no reducir la esfera de la figura a la *datio* no obstante su denominación, porque según referimos bien puede tratarse de una prestación de hacer e inclusive “negativa”, las cuales difícilmente son “instantáneas o inmediatas”.

Consideramos que algunos casos en que la prestación podría precisar de un tiempo razonable para su ejecución, de no tener lugar esta última cierta-

---

<sup>185</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 178.

<sup>186</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 352.

<sup>187</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 399.

<sup>188</sup> *Ibid.*, 398.

<sup>189</sup> Véase considerando que la prestación debe ser “inmediata e instantánea” James Otis Rodner Smith; T. Adrián. Véase también interesante comentario de Enrique Urdaneta Fontiveros (citadas en nuestro trabajo: *La dación en pago...*, p. 45, nota 132).

<sup>190</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 167, el autor cita a Bercovitz.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 168.



mente no se habría configurado la dación en pago, pues entre sus requisitos fundamentales se incluyen la realización efectiva de la prestación. Sobre la pertinencia en tal caso de ver un novación por cambio de objeto, cabe recordar que se precisaría necesariamente la intención de “novar” o *animus novandi*, que de no existir traería como consecuencia la no materialización de la dación en pago y por ende la supervivencia del crédito original. Toda vez que la intención del acreedor fue extinguir la relación obligatoria y no novarla. De allí que tampoco parezca razonable pretender la “ejecución” de la prestación sustituta ante el incumplimiento porque la intención –en la dación en pago– nunca sería sustituir la prestación sino extinguir la previa. Por lo que sin perjuicio del análisis del caso concreto<sup>192</sup>, ante la no realización de la prestación sustitutiva nos inclinamos por la subsistencia de la prestación original que ha quedado incólume ante la no realización de la dación en pago.

Esa sería pues la regla general a falta de disposición expresa de las partes, toda vez que bien pudiera derivarse de la voluntad de las partes que a falta de dación en pago o en forma subsidiaria tuviera lugar una novación. Pero ello no podría presumirse, sino que se precisa la clara intención de novar<sup>193</sup>, que es una pretensión distinta a la meramente extintiva que caracteriza la dación en pago. No estaría de más, que las partes, excluyeran expresamente la figura de la novación, dada la discusión doctrinaria, pero ello a nuestro criterio, no pasaría de ser una simple recomendación porque se trata de dos formas de extinción de las obligaciones claramente diferenciadas, no obstante la dificultad en su distinción.

Por lo que en definitiva la dación como medio extintivo de la obligación precisa de su ejecución o pago efectivo<sup>194</sup>. De allí que entre sus requisitos se indiquen no sólo acordar la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada sino por otra el necesario cumplimiento de la prestación que sustituye la anterior y que se le asigne la necesaria consecuencia de la extinción de la obligación<sup>195</sup>.

Indica en tal sentido una decisión judicial “parece deducirse de la resolución del Tribunal la posibilidad que nosotros venimos atribuyendo al acreedor que acepta la existencia de una dación en pago de una deuda para procurar la extinción de ésta, esto es, la facultad del acreedor de poder exigir el

<sup>192</sup> Véase opinión de profesores: Ángel Álvarez Oliveros, Sheraldine Pinto Oliveros, Jose Annicchiarico, Juan Enrique Croes, Ramón Alfredo Aguilar Camero, Daniel Zaibert, María Luisa Tosta (véase nuestro trabajo: *La obligación negativa...*, pp. 46-48, notas 135 y 135).

<sup>193</sup> Indicaba acertadamente LAGRANGE (*Apuntes...*) que la dación en pago no hace surgir una nueva prestación a cargo del deudor, sino que va dirigido a producir la extinción de la primitiva relación obligatoria mediante el cumplimiento efectivo de una prestación distinta a la original.

<sup>194</sup> Véase: ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 150 y 151, el pagar con otra prestación se consigue cumpliendo ésta. Pues si ésta en vez de realizarse únicamente se promete hay realmente novación. La dación en pago deber ser real. Considero artificiosa la opinión de que la dación en pago no requiere como elemento constitutivo, la ejecución de la prestación nueva.

<sup>195</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 177.

cumplimiento originario de la prestación inicialmente debida en la medida en que no exista una efectiva satisfacción de la deuda. En este caso se trata de fundamentar una propuesta de dación en pago en la que no existe siquiera, en términos del Tribunal, una sustitución de la prestación; pero es que esa misma insatisfacción de la deuda que se trata de extinguir con la dación en pago se produce en la medida en que la nueva prestación a la que le han sido atribuidos efectos solutorios no sea realmente realizada por el deudor o que, aun siendo realizada, no produzca satisfacción de los intereses del acreedor, fin último perseguido por el cumplimiento de toda obligación”<sup>196</sup>.

Al efecto se aprecia sentencia que niega la existencia de la dación en pago por no poder operar la transmisión de la propiedad en el caso concreto<sup>197</sup>. Así como decisión judicial que ordena la transmisión de la propiedad dada la dación en pago efectuada en el proceso<sup>198</sup>. Volveremos de seguidas sobre este aspecto al referirnos a los efectos.

Algunos agregan entre los requisitos de la dación en pago la *preexistencia de una obligación válida*, como proyección de la validez y eficacia del negocio jurídico que le da origen, no aplica pues a obligaciones viciadas de nulidad absoluta<sup>199</sup>. Se ha dicho, sin embargo, acertadamente que la preexistencia de una obligación no supone un elemento constituye un elemento constitutivo de la dación sino tan solo un mero presupuesto para la eficacia de la misma, a lo sumo una *condicio iuris*<sup>200</sup>. Y por ende la validez de la obligación no configura propiamente un presupuesto o requisito de la figura bajo análisis.

### 3.5. Efectos<sup>201</sup>

3.5.1. *Extinción de la obligación*: el efecto fundamental de la prestación en cumplimiento es que extingue la obligación. Así pues, los efectos de la

<sup>196</sup> Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 20-5-09, Exp. 17.441, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/390-20-17441-.html> agrega: “Lo que es importante destacar es su efecto: no siendo un pago “stricto sensu” produce los efectos de este que es el cumplimiento de la obligación y la extinción de esta».

<sup>197</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 4-2-10, Exp. 43.658, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/512-4-43658-067.HTML>.

<sup>198</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 26-1-11, Exp. 14.221, <http://monagas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/ENERO/1698-26-14221-.HTM> “SEGUNDO: Cúmplanse los trámites de protocolización en el registro público respectivo, a los fines de que la transmisión de propiedad y posesión de los inmuebles dados en pago produzca efectos frente a terceros”.

<sup>199</sup> MARÍN MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>200</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 169.

<sup>201</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 352-363; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, pp. 171-176; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, pp. T, II, 52 y 53; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 181-184; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-3-11, Exp. 03471, <http://zulia.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/498-18-3471-1236.HTML> “1º Extingue la obligación de la que era titular el acreedor que aceptó la dación en pago... 2º La dación en pago causa una transmisión de la propiedad

dación en pago son los mismos del pago: extingue la obligación<sup>202</sup> así como los derechos accesorios que lo acompañan<sup>203</sup>. Presenta en tal sentido, un efecto satisfactivo y extintivo semejante al del pago. De allí que algunos la incluyan como una modalidad o variante del modo extintivo por antonomasia de las obligaciones.

Según indicamos<sup>204</sup> la dación en pago requiere una *datio* efectiva o más precisamente un cumplimiento efectivo de la prestación diversa a la original. Ello a fin de que opere el efecto extintivo que caracteriza la figura en comentarios. Esto es, adherimos a la tesis que considera que la dación en pago únicamente queda perfeccionada con la ejecución de la prestación sustitutoria<sup>205</sup>. No somos partidarios de considerar la novación subsidiaria de la falta de prestación cuando no existió *animus novandi* sino meramente extintivo.

3.5.2. *En caso de prestación de “dar”*: Si la dación en pago transmite la propiedad de un inmueble, se deberán observar las formalidades de protocolización y registro en aras de que la transmisión produzca efectos *erga omnes*<sup>206</sup>. La dación puede producirse también en el seno de un negocio jurídico gratuito<sup>207</sup>.

Si bien la ejecución de la prestación sustituta extingue la obligación se pregunta la doctrina los efectos de una suerte de nulidad del convenio sustitutorio. Se afirma que si la dación es nula porque el acreedor sufra evicción, el acreedor conserva su crédito original con sus garantías menos con la fianza a tenor del artículo 1834 del Código Civil<sup>208</sup> que dispone: “*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*”.

En cuanto a otras garantías diferentes a la fianza a la que expresamente alude la norma, la doctrina distingue si subsisten o no en caso de evicción. Para algunos resurgen en todos los casos; otros pretenden establecer diferencias según el tipo de acción<sup>209</sup>, aunque se admite que resulta una discusión meramente académica porque en definitiva el deudor está obligado

---

de la cosa dada en pago, constituye una *datio*”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, Sent. 18-2-07, Exp. 4744, <http://cojedes.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/.../1532-18-4744-1141.HTML>.

<sup>202</sup> Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 403, así como el pago puro y simple extingue la obligación, liberando al deudor y satisfaciendo al acreedor también la dación en pago produce este efecto extintivo con los mismos alcances.

<sup>203</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 171.

<sup>204</sup> Véase *supra* N° 3 de este mismo tema.

<sup>205</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 256.

<sup>206</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 53.

<sup>207</sup> BELINCHÓN ROMO, *ob. cit.*, p. 12, En este caso, la dación en pago ¿sería una donación? Ahí queda planteada la cuestión, aun cuando la respuesta sea fácilmente deducible.

<sup>208</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328.

<sup>209</sup> Véase: GIORGI, *ob. cit.*, pp. 352-363; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 328.

a pagar<sup>210</sup>. Si se considera que es compraventa quedará demandar saneamiento<sup>211</sup> aunque algunos rechazan el saneamiento por no tratarse de una compraventa<sup>212</sup> y lo mismo valdría para la novación por haber desaparecido el vínculo anterior, pues se aclara que la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos no es exclusiva de la compraventa sino que opera en toda transacción onerosa<sup>213</sup>. Afirma BERNAD MAINAR que podría desvirtuarse tal argumento afirmando que el acreedor consintió en liberar al deudor bajo la condición de recibir la propiedad de la cosa dada en pago y, por ende, si tal condición no se verifica, revive el crédito primitivo con todas sus seguridades y garantías. En cuyo caso los códigos suelen contener disposiciones respecto a que no revive la fianza, en el que se incluye el artículo 1834 del CC venezolano<sup>214</sup>. Se dice que se trata de una consideración propia y benévola respecto al fiador, que no debe quedar expuesto a un regreso tardío en caso de evicción del que no podría defenderse<sup>215</sup>.

Pero la consecuencia general se mantiene como es natural a decir de Cristóbal Montes: la *datio in solutum* no se perfecciona hasta el momento en que el deudor ejecuta la prestación sustitutoria convenida, por lo que hasta dicho instante no existe otra obligación que la originaria. ¿Qué ocurre si la prestación en sustitución debida presenta defectos o vicios materiales o jurídicos? Pues, de la misma manera que en caso de manifestarse los mismos antes de la perfección de la *datio* el acreedor es libre de concluir o no el negocio, descubiertos después debe continuar gozando el mismo de idéntica posibilidad: tener por concluida la dación en pago y acogerse a las acciones de saneamiento o considerar la misma como no realizada en cuanto falta uno de sus elementos intrínsecos<sup>216</sup>.

El autor a propósito de la legislación española considera que habría que distinguir entre las garantías dadas por el deudor y las prestadas por un tercero (fiador, hipotecante no deudor) pues en tal caso no tiene mayor sentido y justificación que la misma continúe afectada personal o realmente caso de que el acreedor, al sufrir evicción, se haya decidido a reclamar la obligación primera, porque ello equivaldría a someter su afeción jurídi-

---

<sup>210</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 362.

<sup>211</sup> Véase: ALID ZOPPI, *ob. cit.*, p. 8, “Desde luego, si el deudor da en pago un inmueble, asume las obligaciones de saneamiento... quien da en pago asume las obligaciones propias de los vendedores, cuales son hacer la tradición y el saneamiento, porque en el fondo la dación en pago –cuando se entrega un bien en reemplazo de una deuda en dinero– significa la transferencia de la propiedad y en tal caso el deudor debe responder de saneamiento y efectuar la tradición, salvo pacto en contrario, pero no es una venta en sentido estricto”.

<sup>212</sup> Véase: ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 152 y 153, creo que debe rechazarse la tesis relativa al saneamiento por evicción por no tratarse de una compraventa. La dación en pago mal hecha no extinguió realmente la obligación inicial, luego ésta subsiste o si se quiere renace; le cabe al acreedor exigir su cumplimiento.

<sup>213</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 173.

<sup>214</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 52.

<sup>215</sup> GIORGI, *ob. cit.*, p. 355.

<sup>216</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, p. 174.

ca a la libre determinación (y aun capricho) de aquél. Continúan siendo válidas las palabras de los clásicos respecto a semejante trato favorable y benévolo al fiador, ya que “cuando el acreedor recibe una cosa en pago, el fiador se encontraría gravemente perjudicado si permanece expuesto a un regreso tardía en caso de evicción”. Pero los códigos como el nuestro que contemplan que sufrida la evicción no renace la fianza, constituyen una prueba indirecta pero prueba al fin, que en semejante evento queda abierta la reviviscencia de la obligación originaria<sup>217</sup>.

Cuando no obstante, la ley remacha aquella extinción, lo que realmente nos está diciendo es que las restantes garantías sí pueden sobrevivir, pero para ello hará falta que, en caso de evicción, el acreedor pueda optar entre conformarse con exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento o preferir la continuidad de la obligación primigenia, ya que mal podrían existir aquellas sin la permanencia de ésta. En opinión de Cristóbal Montes, por analogía, la pauta de la norma respecto a la fianza debe extenderse a cualquier otra garantía prestada por terceros, al existir en uno y otro supuestos *eadem ratio*<sup>218</sup>.

Por su parte, en acertada opinión de Bernad Mainar la norma ratifica la tesis que en caso de evicción revive el crédito originario y el resto de las garantías, pues de lo contrario no tendría sentido útil la norma que expresamente excluye la fianza<sup>219</sup>. Por lo que lo normal es que salvo la fianza en el caso indicado subsistan las garantías y ello lo ratifica respecto de la hipoteca el artículo 1910<sup>220</sup> del CC. Ello amén del carácter excepcional de la norma que impide la posibilidad de analogía a otras garantías diferentes a la fianza, aunque se presente como una distinción odiosa que bien valdría eliminar de *lege ferenda*.

3.6. *A manera de conclusión*: La dación en pago, que bien pudiera denominarse más ampliamente “prestación en lugar de cumplimiento”, constituye un modo extintivo de la relación obligatoria que, si bien no está expresamente previsto en el Código Sustantivo, se deriva del principio de autonomía de la voluntad. Toda vez que por aplicación del libre consentimiento del acreedor y deudor –sacrificando la identidad e integridad del pago– las partes bien pueden poner fin a la relación obligatoria mediante el cumplimiento *efectivo* de una prestación distinta a la originaria.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>219</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 53.

<sup>220</sup> “Cuando la hipoteca renace, tiene efecto sólo desde la fecha del nuevo registro, si el anterior ha sido cancelado. Sin embargo, si se hubiera cancelado la hipoteca dando en pago el inmueble hipotecado y esta operación es anulada, la hipoteca renace retro trayéndose sus efectos a la época en que fue constituida”. Refería LAGRANGE (*Apuntes...*) que si se compara la disposición del artículo 1834 con la del artículo 1910 del CC, se observa que consagran soluciones radicalmente distintas, de las cuales la que debe considerarse normal dada la naturaleza de la dación en pago es la del artículo 1910 mientras que el artículo 1834 del CC tiene carácter excepcional.

La figura presenta antecedentes en el Derecho romano y aunque entre otras, se le asocie a la compraventa, permuta y novación, presenta caracteres propios aunque apunta mayormente a constituirse como una modalidad del pago, y por ser éste una forma voluntaria del cumplimiento, la dación en pago es una ligera variación del mismo que supone la aquiescencia de acreedor y deudor para finiquitar la obligación mediante una prestación diversa a la pactada *ab initio*, a diferencia de lo que acontece con las obligaciones alternativas y facultativas. Su efecto extintivo permite a su vez distinguirla de la novación por cambio de objeto porque en el caso que nos ocupa no existe *animus novandi* o intención de novar sino de extinguir la obligación.

La prestación en lugar de cumplimiento o dación en pago es pues, una espléndida manifestación de la autonomía de la voluntad en la esfera de la relación obligatoria que, al margen de su naturaleza permite cerrar en forma definitiva el ciclo de la efímera vida de la obligación. El sentido lógico de la oportunidad que rige en la vida en general, de tomar algo en el momento actual so pena del riesgo que pueda acontecer en el futuro, es lo que justifica jurídicamente la necesidad de la figura. La discusión sobre la diferencia real o sustancial con la antigua y la nueva prestación curiosamente escapa del análisis del instituto porque lo determinante y característico es el efecto extintivo que genera el cumplimiento de la prestación subrogada. Bien se conciba como modo extintivo del lazo obligatorio o como una particular modalidad del cumplimiento voluntario, ciertamente la figura presenta utilidad práctica por demás, porque permite poner punto final a la relación jurídica por esencia transitoria, entre acreedor y deudor.

## 4. Compensación<sup>221</sup>

### 4.1. Generalidades

En términos coloquiales compensar equivale a nivelar o igualar, pero jurídicamente es un modo de extinción de las obligaciones que presenta una

---

<sup>221</sup> Véase: DE JESÚS O., Alfredo: *La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial*. En: *Temas de Derecho Procesal*, Colección Estudios Jurídicos N° 15, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, Vol. I, pp. 301-323; MELICH ORSINI, *Modos...*, pp. 153-204; RODNER, James Otis: *La compensación en el contrato internacional (unidroit, art. 8)*. Caracas, Separata del Boletín N° 148, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, enero-junio 2010, pp. 5-67; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 343-349; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 767-776; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 372-376; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 80-90; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 556-567; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 156-166; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 277-288; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca, 1997; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pp. 150 y ss; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 151-155; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 501-512; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 425-445; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 233-235; LASARTE, *Derecho...*, pp. 161-166; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 648-663; SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, pp. 276-278; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 468 y 469; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 127-129; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 425-439; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 203-206; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 389-405; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 150-153; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 313-320; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, pp. 419 y 420; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 312-319; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 244-253; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 372-379; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 139-146; BAENA BAENA, Pedro Jesús: *La Compensación en las Cuentas Bancarias*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.,

justificación trivial<sup>222</sup>. Cuando dos personas se deben mutuamente no es necesario que cada una de ellas le pague a la otra, es más sencillo considerar que ambas deudas se han extinguido hasta concurrencia de la menor<sup>223</sup>. La compensación opera entre las deudas de dos personas que son recíprocamente deudoras y procede por la cantidad recíprocamente concurrente.

Dispone el artículo 1331 del CC: “*Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, de modo y en los casos siguientes*”.

Por lo que se afirma que la compensación consiste en la extinción de las obligaciones respectivas, hasta el límite del monto de la menor, cuando dos personas asumen recíprocamente por derecho, las cualidades de acreedor y deudor<sup>224</sup>. Coexisten dos deudas en sentidos opuestos, resultando ocioso y superfluo que cada uno de los sujetos cumpliera su propia obligación para después recibir el cumplimiento de la otra parte. Se trata de una relación obligacional entre dos sujetos que son entre sí, al mismo tiempo, acreedor y deudor principal, el uno frente al otro, y en la que hay obligaciones recíprocas cruzadas entre los dos<sup>225</sup>. Si ambas deudas son desiguales, la compensación extingue la menor en su totalidad y la mayor hasta concurrencia del importe de la menor<sup>226</sup>. Se presenta pues como una suerte de intercambio de liberaciones<sup>227</sup>.

La compensación es un modo de extinción común a todas las obligaciones que se presenta cuando dos personas recíprocamente deudoras poseen entre sí deudas homogéneas, líquidas y exigibles. Por medio de la compensación, ambas personas se liberan total o parcialmente de la obligación que tenían, evitando de esta manera el traslado inútil de dinero, riesgos y gastos<sup>228</sup>.

La institución de la compensación en nuestro ordenamiento jurídico positivo, está consagrada en el Código Civil de 1942 y en iguales términos y numeración en el referido Código de 1982, en sus artículos 1.331 al 1341. La compensación surge como un modo de extinguir las obligaciones comunes que existan entre los particulares<sup>229</sup>.

---

2004; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *La compensación*. En: Revista Scribas, Año II, N<sup>o</sup> 4, Arequipa, 1998, pp. 101-128, [http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25&Itemid=141](http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141).

<sup>222</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 161.

<sup>223</sup> PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 712.

<sup>224</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 74; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 171, “la extinción de dos obligaciones recíprocas entre las mismas personas hasta concurrencia del valor más bajo.

<sup>225</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 276.

<sup>226</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 390.

<sup>227</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>228</sup> TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM>.

<sup>229</sup> TSJ/SPA, Sent. 01178 de 1-10-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01178-011002-01-0876.htm>.

## 4.2. Ventajas

### 4.2.1. *Responde a razones de equidad, utilidad y simplificación de las relaciones jurídicas y económicas*

La figura responde a razones de justicia pues es contrario a la buena fe pretender un crédito sin pagar la deuda propia<sup>230</sup>. Repugna a la equidad el reclamar una deuda si se es deudor del reclamado<sup>231</sup>.

Además constituye un pago y una garantía; es un “doble pago abreviado”<sup>232</sup> porque evita una innecesaria duplicidad de pagos. Se ha indicado que “equivale a pesar y balancear dos obligaciones”<sup>233</sup>. “Simplifica las operaciones de cumplimiento”<sup>234</sup>, pues “evita el doble desplazamiento de fondos”<sup>235</sup>. Ha sido denominada también “pago recíproco”, abreviado, simplificado o automático<sup>236</sup>. Evita entregas innecesarias de doble vía<sup>237</sup>. Funciona como un “escudo procesal” porque puede “oponerse” ante una pretensión judicial y poner fin a la contienda<sup>238</sup>.

### 4.2.2. *Constituye una garantía del pago, una suerte de privilegio recíproco entre deudores y un medio de facilitar el pago*<sup>239</sup>

La compensación proporciona una cierta seguridad<sup>240</sup>, toda vez que por ella nadie podrá reclamarnos lo que también nos debe. Se afirma que “la compensación es un medio de pago, su efecto es la extinción de las obligaciones recíprocas entre las partes”<sup>241</sup>.

De allí que para algunos constituye una modalidad de pago que proporciona a las partes una doble ventaja: por un lado, facilita dicho pago porque abrevia los actos precisos para que tenga lugar ya que supone economía y agilidad en su realización y, por otro, concede al acreedor una garantía efectiva en el cobro del crédito. Es un modo extintivo de los derechos de crédito que desempeña un papel de gran importancia en el tráfico jurídico y en la economía actual porque evita la repetición de pagos<sup>242</sup>. Supone la transmisión de la propiedad y se diferencia de la novación por cambio de objeto y de la compraventa y permuta. Refería LAGRANGE que la compensa-

<sup>230</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 312.

<sup>231</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pp. 150 y 151, agrega simplicidad y certeza; POTHIER, *ob. cit.*, p. 367, la equidad de la compensación es evidente.

<sup>232</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 391; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 244.

<sup>233</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>234</sup> DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 176.

<sup>235</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 771.

<sup>236</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 501.

<sup>237</sup> MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>238</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 502.

<sup>239</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, p. 153.

<sup>240</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 244.

<sup>241</sup> RODNER, *La compensación...*, p. 9.

<sup>242</sup> SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, p. 276.



ción funciona como un verdadero privilegio práctico en relación con los demás acreedores del mismo deudor, aunque pueda presentarse como inequitativa respecto de los demás acreedores de conformidad con el artículo 1864 del CC.

#### 4.3. *Naturaleza*

Es uno de los medios legales de extinción de las obligaciones al margen de la voluntad aunque también puede ser convencional. Indica Mélich que cumple una función análoga a la del pago pero también de garantía<sup>243</sup>.

Al efecto indica una decisión judicial que la figura tiene por finalidad evitar un doble pago o precaver el desarrollo de dos litigios y “tiene una finalidad simplificadora, que consiste en realizar una función de garantía, ya que si cada deudor estuviese obligado a realizar su obligación, tendría el riesgo de que por insolvencia del otro deudor, él pagara y no pudiera recibir a su vez la prestación a la cual tiene el derecho. La compensación garantiza contra la posible insolvencia de cualquiera de los dos deudores y a los deudores en lo que respecta al concurso de los acreedores de cualquiera de ellos. Tiene su fundamento en la BUENA FE, pues nadie debe pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda frente a la misma persona”<sup>244</sup>.

Se aclara que no procede la compensación en obligaciones de hacer y en obligaciones negativas, salvo que se estipule cláusula penal<sup>245</sup>.

#### 4.4. *Casos en que no es procedente la compensación legal*<sup>246</sup>

Prevé el artículo 1335 del CC que “*la compensación se efectúa cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en los siguientes casos*”:

1<sup>o</sup> *Cuando se trata de la demanda de restitución de la cosa de que ha sido injustamente despojado el propietario*<sup>247</sup>.

2<sup>o</sup> *Cuando se trata de la demanda de la restitución de un depósito o de un comodato*<sup>248</sup>.

3<sup>o</sup> *Cuando se trata de un crédito inembargable*<sup>249</sup>.

<sup>243</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 154.

<sup>244</sup> Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-06, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-2179-126.html>; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 373.

<sup>245</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 168.

<sup>246</sup> Véase: *ibid.*, pp. 185-189; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 560-562.

<sup>247</sup> Refiere LAGRANGE, *Apuntes...*, aplica similar criterio en lo riguroso que el relativo a la mora del ladrón (artículo 1344 del CC).

<sup>248</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 186 y 187. Se afirma que ello basado en un deber de lealtad y por tratarse de un cuerpo cierto. Señala LAGRANGE (*Apuntes...*) que tales contratos presentan una individualidad de cosas no fungibles que hace que falte el requisito de la homogeneidad. Distinto es el caso del depósito irregular previsto en el artículo 1759.

<sup>249</sup> El crédito inembargable no es compensable. Como sería el caso de las obligaciones alimentarias o ciertas porción de los créditos laborales. Véase sobre la improcedencia en “cuentas nóminas” por estar asociadas al salario o sueldo; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, 2007,

4<sup>o</sup> Cuando el deudor ha renunciado previamente a la compensación<sup>250</sup>.

5<sup>o</sup> Tampoco se admite la compensación respecto de lo que se deba a la Nación, a los Estados o a sus Secciones por impuestos o contribuciones". Aunque esto último presenta una excepción en la respectiva ley especial<sup>251</sup>.

#### 4.5. Clases<sup>252</sup>

4.5.1. *Legal*: Se afirma que opera de pleno derecho, extinguiéndose las dos deudas por las cantidades concurrentes. Procede aun desconociéndolo los deudores y no desde la fecha de la sentencia.

De Jesús crítica el presunto carácter *ope legis* de la compensación legal heredado del Derecho francés toda vez que indica que la figura precisa ser alegada y declarada judicialmente<sup>253</sup>. Y señala que el pretendido efecto de pleno derecho de la compensación colide con normas expresas del propio CC en materia de fianza<sup>254</sup> y cesión de crédito<sup>255</sup> copiadas del Derecho francés<sup>256</sup>. Por lo que concluye el autor que "la compensación no opera de pleno derecho. El pretendido automatismo con el que supuestamente opera la compensación no es más que un artificio"<sup>257</sup> pues "una compensación cuya verificación dependa de un acto voluntario" no opera "*ipso iure*".

Exp. AP42-N-2004-001191; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 2009, Exp. AP42-N-2008-000794, [http://historico.tsj.gob.ve/tsj\\_regiones/decisiones/2009/abril/1478-28-AP42-N-2005-000794-2009-685.html](http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2009/abril/1478-28-AP42-N-2005-000794-2009-685.html); Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 6-12-12, Exp. KP02-R-2012-001109 <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/649-6-KP02-R-2012-001109.html>.

<sup>250</sup> Constituye una aplicación del principio dispositivo. Aunque supone una diferencia sustancial con la prescripción, la cual no se puede renunciar anticipadamente; LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 181; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 249-251. En sentido semejante causales en España (CC, art. 1200).

<sup>251</sup> Véase: Código Orgánico Tributario, art. 49; BAPTISTA, Ana L.: *La compensación legal como modo de extinción de las obligaciones tributarias*. Caracas, UCV, Especialización Derecho Tributario, 2011, [http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/4130/1/To26800006570-0-baptistaana\\_finalpublicacion-000.pdf](http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/4130/1/To26800006570-0-baptistaana_finalpublicacion-000.pdf); MAS RODRÍGUEZ, MARIO J. y MARTA PASCUAL N.: *Medios de extinción de la obligación tributaria con especial referencia a la Compensación*. En: Revista de Derecho Tributario N<sup>o</sup> 70, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legis Editores, 70, enero-febrero-marzo, 1996, pp. 23-40; TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM>; TSJ/SPA, Sent. 01178 de 1-10-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01178-011002-01-0876.htm>; Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, Sent. 28-10-10, Exp. 1045-09, <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/792-28-1045-09-303-2010.HTM>.

<sup>252</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 156-204; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 319 y 320; Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 6-12-12, Exp. KP02-R-2012-001109 <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2012/diciembre/649-6-KP02-R-2012-001109.html>

<sup>253</sup> DE JESÚS, *La pretendida...*, pp. 312-322.

<sup>254</sup> Art. 1336 CC: "El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador".

<sup>255</sup> Art. 1337 CC: "El deudor que ha consentido sin condición ni reserva en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación. En todo caso, la cesión no aceptada por el deudor, pero que le ha sido notificada, no impide la compensación, sino de los créditos posteriores a la notificación".

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 315, 315, 321 y 322.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 320.

Rodner refiere en este sentido que en los países de influencia francesa, la compensación se produce en el mismo momento en que el deudor la alegue. Y una vez alegada sus efectos se retrotraen a la fecha en que existían las condiciones para que pudiera producir<sup>258</sup>. El CC venezolano siguiendo la tradición francesa establece la compensación de pleno de derecho, en tanto que otros países debe ser declarada<sup>259</sup>. Sin embargo, ambos sistemas son similares pues la compensación supone que debe ser alegada para aprovecharse de ella<sup>260</sup>, aunque la función del Juez sea meramente declarativa<sup>261</sup>.

Al efecto indica Álvarez Caperochipi respecto al Derecho español que “la jurisprudencia ha interpretado que la compensación no se produce *ope legis*, sino *ope exceptonis*, y por ello el Juez no ha de aplicarla de oficio, pero que sus efectos se producen desde la concurrencia de los créditos y no desde que se alega, si no hay un acto obstativo a la compensación”<sup>262</sup>. Mélich sin embargo alude a que la compensación legal no hace falta solicitarla porque opera automáticamente o *ipso iure* con carácter retroactivo aunque como la prescripción no opera de oficio<sup>263</sup>. Lo cual hace lucir convincente la tesis de De Jesús, toda vez que si precisa ser alegada no procedería “*ope legis*”<sup>264</sup>. De allí que resume Albaladejo que según una opinión procede *ope legis* y para otro solo cuando el interesado la opondrá pues no procede de oficio, lo cual presenta interés práctico por ejemplo en caso de que la deuda estuviere prescrita al momento de que sea opuesta<sup>265</sup>.

Refiere Rodner que la compensación en los países de Derecho Civil se puede alegar como una defensa en juicio o aún se puede alegar fuera de un proceso judicial; bien se puede alegar fuera del juicio mediante el envío de una notificación al acreedor frente a la cual se está oponiendo<sup>266</sup>.

Dispone el artículo 1332 del CC: “*La compensación se efectúa de derecho en virtud de la Ley, y aun sin conocimiento de los deudores, en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, que se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrentes*”.

Así mismo, el artículo 1333 CC: “*La compensación no se efectúa sino entre dos deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero, o una*

<sup>258</sup> RODNER, *La compensación...*, p. 10.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>262</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 152; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 205, no puede apreciarse de oficio no obstante su eficacia automática o *ipso iure*.

<sup>263</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 157 y 158.

<sup>264</sup> Pues por ejemplo, figuras como la “emancipación”, proceden de derecho porque acontecen por el sólo y único efecto de la ley.

<sup>265</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 315.

<sup>266</sup> RODNER, *La compensación...*, pp. 10 y 11.

*cantidad determinada de cosas de la misma especie, que pueden en los pagos sustituirse las unas a las otras, y que son igualmente líquidas y exigibles”.*

La compensación legal precisa entre sus *requisitos*<sup>267</sup> de simultaneidad, homogeneidad<sup>268</sup>, liquidez<sup>269</sup>, exigibilidad<sup>270</sup> y reciprocidad<sup>271</sup>. La ley no exige para la procedencia de la compensación que las deudas tengan igual causa. De hecho el artículo 1335 CC expresamente refiere que la figura procede “*cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda*”.

#### 4.5.2. Convencional<sup>272</sup>

Precisa de la voluntad de ambas partes. No prevé el CC normas al respecto. Llamada también “voluntaria” indicándose que nada impide que dándose el presupuesto de la reciprocidad si falta cualquiera de los otros (homogeneidad o exigibilidad) las partes implicadas pueden convenir darse por pagadas extinguiéndose las recíprocas obligaciones<sup>273</sup>.

Para la procedencia de la compensación convencional importa poco que las deudas no sean líquidas, ni fungibles, ni exigibles<sup>274</sup>, pues la autonomía de la voluntad suple los requisitos que exige la compensación legal. Sanojo no la refiere pues la comprende en la facultativa<sup>275</sup>, al igual que CASAS RINCÓN<sup>276</sup>.

El artículo 1334 CC indica: “*Los plazos concedidos gratuitamente por el acreedor no impiden la compensación*”. La figura procede con la limitación deriva-

<sup>267</sup> Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, 772 y 773, identidad, liquidez y exigibilidad; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 557-556; TSJ/SPA, Sent. 00559 de 3-4-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00559-030401-15666.HTM>.

<sup>268</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 168-170, homogéneo se refiere a cosas sustituibles unas por otras, a saber, fungibles, supone identidad; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 772, supone la identidad de objeto. Podría ser obligación de dinero en moneda extranjera si pudiera ser determinado; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 317, la homogeneidad requiere que la deudas sean de lo mismo; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 245. También se alude a “fungibilidad” para denotar que no se está obligado a recibir una cosa distinta a la que se debe. Y así es compensable una deuda de pagar dinero por otra igual pero no una de pagar dinero por otra de cosas pertenecientes a un género distinto.

<sup>269</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 170-173, que sea cierto en su monto o mediante un simple operación matemática (se excluye caso de precisarse peritos); OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 773, o fácilmente liquidable por el Tribunal. Mediante un simple cálculo aritmético; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 246.

<sup>270</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 174-177, supone una deuda vencida o de condición cumplida no aplica a obligaciones naturales; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 245 y 346; Juzgado Cuarto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 4-5-11, Exp. AP31-V-2010-0004900, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/2151-4-AP31-V-2010-004900-HTML> “en opinión del Tribunal la deuda a la cual hace referencia la parte demandada aún no se ha hecho exigible, por tanto, no se cumple en el caso de autos con uno de los requisitos para que proceda la compensación legal a saber la exigibilidad.

<sup>271</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 163-168, se precisa deudas recíprocas, no importa la fuente. Véase *ibid.*, p. 167, se requiere ser respectivamente acreedor y deudor.

<sup>272</sup> Véase: MIGUEL SANCHA, Carolina: *La compensación convencional*. Barcelona, Bosch, 1999.

<sup>273</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 257.

<sup>274</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 159.

<sup>275</sup> Véase: *ibid.*, pp. 156 y 157; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>276</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 556 y 557.

da del carácter de orden público de las deudas inembargables. Los efectos de esta especie de compensación dependen del contenido mismo del convenio.

#### 4.5.3. *Facultativa*

Se dice que hay compensación facultativa cuando el obstáculo que impide la compensación legal es suprimido unilateralmente por aquél a quien favorece<sup>277</sup>. Acontece cuando la parte que podría oponer la compensación legal (por ejemplo no es exigible) renuncie a hacer valer su derecho y acepte la compensación<sup>278</sup>.

Para Sanojo –que no alude a la compensación convencional– la compensación facultativa es la que no se obra de pleno derecho por la falta alguna de las condiciones necesarias para que proceda la compensación legal, y que por lo mismo debe ser opuesta por la parte a ser pronunciada por el Juez. Para el autor, solo la parte a quien la otra no puede oponer la compensación legal puede valerse de la compensación facultativa<sup>279</sup>.

Se realiza a requerimiento de la parte en cuyo favor hubiera cualquier obstáculo para la legal. Renuncia a ella y acepta la compensación. Se dice que en ella no hay convención<sup>280</sup>. Surte efectos desde que se alega. La figura se diferencia de la compensación convencional porque opera por la voluntad de una sola de las partes, aquella que tendría derecho de resistirse a la compensación y no lo hace<sup>281</sup>.

#### 4.5.4. *Judicial*<sup>282</sup>

Se efectúa por mutua petición de las partes. Es la derivada del juez o árbitro por vía de demanda o reconvencción cuando no concurren los requisitos de la compensación legal. Se basa en la equidad. Agrega Mélich que en tal caso, la sentencia es constitutiva y no declarativa<sup>283</sup>.

No toda compensación declarada en juicio mediante sentencia es una compensación judicial<sup>284</sup>. Tiene lugar cuando no procediendo la compensa-

<sup>277</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 320.

<sup>278</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 252.

<sup>279</sup> SANOJO, *ob. cit.*, p. 166; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 565.

<sup>280</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 159, cita a De Page.

<sup>281</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 108, “será facultativa cuando uno de los sujetos recíprocamente obligados remueva el obstáculo que impide la compensación y que sólo a él favorece”; SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, p. 277, se reclama por aquella de las dos partes que tendría derecho a no pedirla y a quien únicamente podría perjudicar.

<sup>282</sup> Véase: MOISSET DE SPANÉS, Luis y María Cristina PLOVANICH: *Compensación judicial*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

<sup>283</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 161; SANOJO, *ob. cit.*, p. 167, se efectúa por mutua petición.

<sup>284</sup> Refería Lagrange que si la parte demandada le opone a la otra la compensación legal por estar dados los requisitos y el Juez la “declara” allí no existe compensación judicial. En cambio, si la parte demanda opone la existencia de un crédito no líquido pero que lo será durante el proceso, el Juez al final “decreta” la compensación. La compensación entonces encuentra su origen en la sentencia del Juzgador, la cual no constata una compensación anterior sino que constituye una compensación como resultado del proceso. Esta es pues la compensación judicial, la decretada por el Juez en el curso del proceso.

ción legal solicitada por la falta de alguno de los requisitos exigidos, éste se completa en la propia sentencia. Pero es necesario que se cumplan los requisitos de reciprocidad y homogeneidad. Carece de efectos retroactivos<sup>285</sup>.

#### 4.6. Efectos de la compensación

##### 4.6.1. Generales

La compensación extingue las deudas con sus accesorios y garantías. La compensación tiene pues un efecto *extintivo*, debe ser opuesta aunque se discute su carácter automático o *ipso iure* (la oportunidad ha de ser en la contestación de la demanda)<sup>286</sup>. Por lo que **entre las partes**, la compensación extingue las deudas desde el día que coexisten a tenor del citado artículo 1332 CC.

La compensación no opera pues, según se indicó, contra la voluntad del interesado y el Juez no puede oponerla de oficio. Amén del supuesto del ordinal 4 del artículo 1335 del CC (renuncia previa a la compensación), se citan otros dos supuestos de renuncia tácita de la compensación en el CC. A saber, los artículos 1337<sup>287</sup> en materia de cesión de crédito y el 1341<sup>288</sup>, cuando se ha pagado una deuda en la que debió operar la compensación.

##### 4.6.2. Respecto de terceros

Dispone el artículo 1340 CC “*La compensación no se verifica con perjuicio de derechos adquiridos por un tercero. Sin embargo, el que, siendo deudor, llega a ser acreedor después del embargo hecho en bienes suyos a favor de un tercero, no puede oponer la compensación en perjuicio de quien ha obtenido el embargo*”.

Indicaba LAGRANGE que donde la norma señala “sin embargo” ha de leerse simplemente “por ejemplo” por ser el supuesto del embargo de crédito un ejemplo del encabezado de la disposición.

Vale recordar los citados artículos 1336 (*fiador*), 1337 (*cesión de créditos*) y 1341 CC (*quien ha pagado un deuda extinguida de derecho por compensación*). También cabe referir el artículo 1230 CC por el cual el deudor solidario puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al codeudor solidario por la parte correspondiente. Así como la inversa del artículo 1244 CC por la cual el deudor puede oponer a uno de los acreedores solidarios la compensación por la parte de ese acreedor.

---

<sup>285</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 252 y 253.

<sup>286</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 177 y ss.

<sup>287</sup> Véase *infra* 4.6.3 de este tema.

<sup>288</sup> “*Quien ha pagado una deuda que estaba extinguida de derecho en virtud de la compensación, y que después persigue el crédito por el cual no ha opuesto la compensación, no puede en perjuicio de terceros, prevalerse de los privilegios, hipotecas o fianzas unidas a su crédito, a menos que haya tenido justa causa para ignorar el crédito que habría debido compensar su deuda*”.

#### 4.6.3. Respecto de la cesión de créditos

Debe tenerse en cuenta artículo 1337 del CC: *“El deudor que ha consentido sin condición ni reserva en la cesión que el acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente antes de la aceptación. En todo caso, la cesión no aceptada por el deudor, pero que le ha sido notificada, no impide la compensación, sino de los créditos posteriores a la notificación”*.

Indica Mélich que si el deudor cedido acepta la cesión pura y simplemente excluye la compensación legal. La seguridad de la transacción exige que el cesionario sea preferido al deudor<sup>289</sup>.

#### 4.6.4. Respecto al fiador

Vale citar artículo 1336 del CC: *“El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba a su deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador”*. La facultad del fiador constituye una excepción al requisito de la reciprocidad. Esto pues el fiador es un tercero en el contrato afianzado. Esto por cuanto en principio la compensación precisa que los deudores recíprocos sean a título principal, pero la excepción del artículo 1336 CC se explica porque el fiador aunque deudor subsidiario puede convertirse en principal si el deudor no paga. En cambio, el deudor principal no puede obviamente oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador.

Finalmente, cabe observar los artículos 1338 y 1339 del CC, relativas al lugar y la imputación de pago. El primero prevé: *“Las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante la indemnización de los gastos de transporte o cambio al lugar del pago”*. El segundo indica: *“Cuando la misma persona tenga varias deudas compensables, se observarán para la compensación las mismas reglas que se han establecido para la imputación en el artículo 1305”*.

---

<sup>289</sup> Véase: *ibid.*, p. 191.

## TEMA 19

# Formas de Liberación del Deudor sin Satisfacción del Acreedor

SUMARIO: 1. Novación 2. Delegación 3. Remisión de deuda 4. Confusión  
5. Prescripción

### 1. Novación<sup>1</sup>

#### 1.1. Generalidades y noción

La idea de novar sugiere la modificación o renovación de algo<sup>2</sup>. “Novación es la sustitución de una obligación por otra obligación con la peculiaridad de que la obligación reemplazada resulta extinguida”<sup>3</sup>. Se trata así de un modo voluntario de extinción de las obligaciones<sup>4</sup> en que una obligación se suplanta por otra, produciendo la sustitución de una obligación por otra que resulta extinguida<sup>5</sup>. La novación extingue una obligación primitiva para reemplazarla por otra nueva<sup>6</sup>; supone pues una primera obligación que debe ser extinguida<sup>7</sup>, para dar nacimiento a una diferente, al menos formalmente.

“La novación constituye una de las formas de extinción de las obligaciones, consistentes en la transformación de una en otra. La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa y que es, precisamente, la que con sus accesorios queda extinguida. La característica resaltante de la

<sup>1</sup> Véase: GARBATI GARBATI, Guido y Alejandra LEÓN PARADA: *La novación*. En: Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster. Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 277-298; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 107-150; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 329-336; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 747-757; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 362-366; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 66-76; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 530-542; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 147-153; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 255-268; Autores Varios: *Estudios Jurídicos sobre la novación*. Caracas, Fabretón, 1.984; LOZANO BERRUEZO, C.: *De la extinción de las obligaciones. La novación. Texto, Jurisprudencia, Comentarios*. Barcelona, Madrazo 157, Colección Nereo, s/f; ACEDO PENCO, *ob. cit.*, pp. 156-159; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 477-500; ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pp. 163-175; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 406-422; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 235 y 236; 166-168; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 977-1008; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 473-475; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 130 y 131; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 207; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 456-470; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 321-332; *Compendio di Istituzioni...*, pp. 421 y 422; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 278-283; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 383-386; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 353-367; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La llamada novación modificativa en el Derecho español*. Caracas, edit. Sucre, 1975.

<sup>2</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 166.

<sup>3</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 107.

<sup>4</sup> Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 27-5-09, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/653-27-KPo2-V-2007-2788.html> “la novación es una forma de extinción de las obligaciones.

<sup>5</sup> LOZANO BERRUEZO, *ob. cit.*, p. 7; CATALÁ COMAS, *ob. cit.*, p. 101; POTHIER, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>6</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 456 y 458; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 66.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, p. 559.



novación, es la circunstancia de extinguir la obligación anterior”<sup>8</sup>. Supone un cambio en la relación obligatoria tan radical que propicia el nacimiento de una nueva a la vez que la obligación previa.

Es la extinción de una relación obligatoria mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Se caracteriza por ser a la vez causa de extinción y de creación de obligaciones<sup>9</sup>. Por lo que es un modo de extinción de las obligaciones y a la vez una fuente creadora de éstas. Aunque no toda transformación conlleva una novación<sup>10</sup>. En la doctrina española se refiere a propósito de la modificación de la obligación<sup>11</sup>.

La obligación primitiva se extingue al quedar sustituida por una obligación diferente, a saber, la nueva obligación. Se trata de un efecto complejo que nace de un acuerdo entre acreedor y deudor por el cual se produce un efecto positivo y otro negativo. El efecto negativo viene dado por la extinción de la obligación primitiva, en tanto que el positivo en la obligación sustituyente o nueva obligación<sup>12</sup>. Se trata de un acto jurídico plurilateral, un concierto de varias voluntades jurídicas que se exteriorizan con el propósito de producir consecuencias de derecho, las cuales consisten en extinguir un vínculo preexistente, mediante la creación de un vínculo nuevo<sup>13</sup>. No constituye un modo de extinción de obligaciones que sea satisfactorio para el acreedor.

Mélich ubica entre los *caracteres* de la figura que haya extinción de la obligación anterior (no simple alteración), que esa extinción opera de pleno derecho o *ipso iure*, que el efecto extintivo y el efecto creador están íntimamente unidos, que el sinalagma novativo (extinción mediante constitución) determina que la novación sea el fruto de un solo y mismo acto jurídico<sup>14</sup>.

Refiere PALACIOS HERRERA que en el Derecho actual, la novación ha perdido utilidad por cuanto las partes disponen actualmente de otros de otros medios para obtener los mismos resultados sin los inconvenientes de la figura, y de allí que en algunos códigos foráneos que la han suprimido<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 19-7-04, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/julio/1038-19-BPo2-R-2004-701-227.html>.

<sup>9</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 190.

<sup>10</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 477.

<sup>11</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 383-385, conjuntamente con el cambio de acreedor derivado de la cesión de crédito y la subrogación; BARRIO ANDRÉS, Moisés: *La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español*. En: Estudios de Deusto, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011, pp. 239-257, <http://revista-estudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/viewFile/310/290>.

<sup>12</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>13</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 355.

<sup>14</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 113-115.

<sup>15</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 362; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 706. LAGRANGE, *Apuntes...* señalaba que la figura representa hasta cierto punto un anacronismo pues sus efectos pueden lograrse

### 1.2. Clases<sup>16</sup>

Prevé el artículo 1314 del CC que la novación se verifica:

1º *Cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida.*

2º *Cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a éste libre de su obligación.*

3º *Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste.*

Con base a dicha norma, la novación se clasifica según los distintos elementos que pueden cambiarse en *subjetiva* y *objetiva*<sup>17</sup>. La primera puede ser “*pasiva*”, esto es, por cambio de “deudor” o también puede ser “*activa*”, a saber, por cambio de “acreedor”. La novación subjetiva se realiza cuando se extingue la relación jurídica existente entre el acreedor y el deudor para establecer una nueva con otro acreedor u otro deudor<sup>18</sup>. Algunos agregan la “*mixta*” si se dan las dos anteriores al mismo tiempo<sup>19</sup>. Veamos cada uno por separado.

#### 1.2.1. Novación objetiva por cambio de objeto

Prevista en el art. 1314, ord. 1 del CC, cuando se alude a “*cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida*”.

Tiene lugar por **cambio de objeto** cuando por ejemplo el obligado a pagar en dinero se compromete a pagar con un inmueble o con una cosa genérica; transformar una obligación simple en una obligación alternativa; sustituir una obligación de dar por una obligación de hacer, cuando una cantidad de dinero debida es sustituida por la de un cuerpo determinado<sup>20</sup>. Es la que cambia el contenido de la obligación por lo que puede confundirse con la dación en pago<sup>21</sup>. Pero señalamos que esta última extingue la obligación en forma definitiva sin crear una nueva<sup>22</sup>.

Se admite que también existe novación objetiva por **cambio de causa** cuando las partes deciden cambiar la razón jurídica de la obligación, por ejemplo se cambió la obligación derivada de la compraventa de pagar el precio por un mutuo o deuda de préstamo o transformar una deuda de in-

---

sin acudir a la extinción de la vieja obligación. Por eso algunos códigos modernos como el alemán ignoran la figura, llegando a su mismo efecto mediante la cesión de crédito o la asunción de deudas.

<sup>16</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 126-138; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 68-73.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 137; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 362.

<sup>18</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 163.

<sup>20</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 755; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 282, aluden que tiene lugar cuando el deudor conviene con el acreedor en la entrega de una cosa distinta a la acordada.

Resulta más propio aludir a “prestación” a fin de no limitar la novación a las obligaciones de dar.

<sup>21</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 107.

<sup>22</sup> Véase *supra* tema 18.3.4.6.

tereses en una deuda de capital<sup>23</sup>. Refiere PALACIOS HERRERA que la novación por cambio de causa es la única que todavía tiene cierta vida<sup>24</sup>.

Algunos ven una tercera especie de novación objetiva. Así Ochoa alude a novación objetiva por **cambio de modalidades** que tiene lugar cuando las partes agregan o eliminan una modalidad a una de las dos obligaciones. Siendo necesario que el cambio de modalidad no afecte solamente la exigibilidad de la obligación, sino que debe afectar su naturaleza<sup>25</sup>, es decir, que sea sustancial, como sería el caso de una condición. Sin embargo, una simple extensión del término o un cambio de modo de pago no trae por efecto la novación. La nueva acreencia debe comportar un elemento nuevo y no únicamente un elemento suplementario. El criterio fundamental que permite determinar si ha habido un verdadero cambio es detectar la incompatibilidad de las dos obligaciones sucesivas<sup>26</sup>. Albaladejo alude igualmente a una tercera modalidad de novación objetiva por cambio de “**condiciones**” cuando el obligado a entregar trigo de la calidad A se obliga a entregar de la calidad B o al deudor de mil euros, se le eleva a mil quinientos, retrasándole dicha fecha, etc.<sup>27</sup>. Se aprecia que en tal caso acontecen variaciones sustanciales del monto, calidad y tiempo de pago, por lo que de no aceptarse esta tercera categoría igualmente se está ante una novación por cambio de objeto.

No todas las variaciones de la obligación generan novación. Las alteraciones de la cuantía no engendran un *animus novandi*<sup>28</sup>, así como tampoco alteración o prórroga del plazo, la alteración de la forma de pago o de la especie monetaria, pero sí produce novación –según indicamos– por cambio de las condiciones principales, añadir una condición<sup>29</sup>, así como también es novación la conversión de una obligación simple en alternativa, más no cuando se agregue a la obligación simple, una facultativa porque en tal caso el acreedor siempre podría reclamar la prestación originaria<sup>30</sup>.

Pero sin embargo, se aclara que no produce novación cuando una liberalidad se le modifica solo agregándole una “carga”, que deberá cumplir

<sup>23</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 328; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 755, cuando el arrendatario adquiere un inmueble y el arrendador-vendedor imputa, en parte, al precio de venta los cánones pagados.

<sup>24</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 363, como acontece según el autor a propósito del contrato de cuenta corriente según el Código de Comercio.

<sup>25</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 755 y 756. Véase tomando la expresión “modalidad” en otro sentido en razón de los ejemplos que ofrecen los autores: GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 283, la transformación, extinción o creación de “modalidades” de una obligación no la cambia por otra, es decir, no produce novación.

<sup>26</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 756.

<sup>27</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 329; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 69, con inclusión de nota 173, acontece por un cambio de causa, de objeto o de condiciones principales, como sería el caso de una condición.

<sup>28</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 191.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 192; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 130, en el caso del cambio de una obligación pura por una obligación condicionada o de una condicionada a una obligación pura y simple, no podría dudarse de la voluntad de novar.

<sup>30</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 129.

el beneficiario pues tan solo se disminuye la ventaja procurada por la liberalidad, pero no la extingue, sino más bien se la confirma. De manera similar, la adjunción de una cláusula penal que sanciona el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento de la obligación no extingue obviamente tal obligación, sino más bien la ratifica y solo persigue asegurar el mejor cumplimiento de ella<sup>31</sup>. Tampoco constituye en principio novación la emisión de títulos valores a objeto del pago<sup>32</sup>.

Se refiere por ejemplo que no produce novación la mera ampliación de una deuda o la simple mutación del lugar del pago; la supresión, establecimiento o transformación de las garantías; la estipulación de cláusula accesorio, la reducción de un monto de una deuda en virtud de abonos, que el acreedor faculta al deudor pagar en varias partes la deuda que se debía pagar en un solo pago<sup>33</sup>, la modificación de la moneda de pago, la renuncia al beneficio del término, la agregación de trabajos complementarios a un contrato de obra<sup>34</sup>, la conversión de una obligación solidaria, activa o pasiva, en una fraccionable entre los acreedores codeudores, pues la “solidaridad y fraccionabilidad se refieren tan solo al modo de realización del crédito” y “la seguridad del mismo cuando se trata de solidaridad pasiva”<sup>35</sup>.

Se aclara que cabría simplemente analizar si los cambios recaen sobre elementos accidentales de la obligación o al menos podría cuestionarse el carácter esencial de tales modificaciones. Pero en todo caso, aclara Mélich los cambios aunque no esenciales, pueden reputarse con carácter novatorio “cuando así lo decidan las partes”<sup>36</sup>. Se afirma que dada la relatividad que separa lo esencial y lo accidental habrá que estar para determinar si existe novación o no, no sólo a la naturaleza de la cláusula modificada, sino también a la voluntad de las partes y a la verdadera significación económica de la modificación<sup>37</sup>.

#### 1.2.2. *Novación subjetiva pasiva (por cambio de deudor)*<sup>38</sup>

Prevista en el art. 1314, ord. 2 del CC al señalar “cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando al acreedor a éste libre de su obligación”.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>32</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. 00497 del 10-7-07, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00497-100707-04221.HTML> “Así pues, los títulos valores establecidos en el contrato, en modo alguno produjeron novación de la obligación contenida en el contrato resolutorio”.

<sup>33</sup> GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 283, incluyen “la alteración del monto de una deuda” pero ello dependería de si configura un cambio sustancial.

<sup>34</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 130 y 131.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>37</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 69, nota 173.

<sup>38</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 134-137; GÁLVEZ CRIADO, Antonio: *Líneas históricas de la Novación Subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 2006, XXVIII, pp. 159-185, [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716).

Se indica que es sabido que la novación por cambio de deudor constituye todavía hoy el único medio de realizar una cesión de deuda<sup>39</sup>. De allí que la doctrina española refiere que la novación por cambio de objeto es “extintiva” y la subjetiva es meramente “*modificativa*”<sup>40</sup>.

Se distingue a su vez, dos tipos de novación subjetiva por cambio de deudor, esto es puede tener lugar de dos maneras:

a. Mediante *subrogación o expromisión por parte del deudor*

Dispone el artículo 1316 del CC “*La novación que consiste en sustituir un nuevo deudor, en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste*”. Se requiere simplemente que el tercero nuevo deudor y el acreedor hayan convenido en liberar al deudor antiguo.

Supone que un tercero conviene con el acreedor en sustituir al deudor, quien queda liberado. Es el supuesto denominado por la doctrina como “*expomissione*”<sup>41</sup> o “*expromisión*”<sup>42</sup> o subrogación por cambio de deudor, fruto del acuerdo entre el nuevo deudor y el acreedor para liberar al deudor primitivo, sin necesidad de que concurra el acuerdo de éste, a tenor del artículo 1316, en donde el tercero (nuevo deudor) puede actuar con ánimo de liberalidad con relación al deudor primitivo o bien como consecuencia de un acto jurídico a título oneroso que vincula a ambos<sup>43</sup>. Cuando no hay *animus donandi*, puede haber entre los dos deudores una relación de mandante a mandatario, de gestor de negocios a dueño de negocio gestionado, etc. La *expromisión* libera al antiguo deudor tanto respecto al acreedor primitivo como respecto al tercero.<sup>44</sup>

El consentimiento del acreedor es requisito esencial para la validez de la operación que pudiera causarle perjuicios, como es el caso que el nuevo deudor tenga menos garantía de solvencia. Por el contrario la participación del primer deudor no es necesaria, puesto que la misma no puede causarle algún perjuicio<sup>45</sup>.

b. Mediante *delegación por la cual un nuevo deudor sustituye al antiguo* (adjudicación novativa).

Supone el encargo dado por el deudor a un tercero de pagar en su lugar al acreedor y con el consentimiento de éste liberar al deudor primitivo.

<sup>39</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 464.

<sup>40</sup> Véase: ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 327-330.

<sup>41</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 331.

<sup>42</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 134; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>43</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 69 y 70.

<sup>44</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>45</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 755, el acreedor debe haber manifestado su intención de liberar al primer deudor extinguiendo la obligación. Si esta intención no es evidente no puede haber novación. Lo que existe será simplemente una delegación de pago mediante el añadido de un nuevo deudor y no sustitución al anterior.

Para que esta delegación produzca novación se precisa que el acreedor delegatario libere expresamente al deudor primitivo (*delegación perfecta o novatoria*). Si el acreedor no libera al deudor primitivo se está una delegación imperfecta que no produce novación (*adjudicación simple*)<sup>46</sup>.

Por ello se afirma que la delegación, la expromisión y la asunción de deuda cuando modifican al sujeto pasivo de la obligación, no siempre realizan un supuesto de novación *stricto sensu*<sup>47</sup>.

### 1.2.3. Novación subjetiva activa (por cambio de acreedor)<sup>48</sup>

Consagrada en el art. 1314, ord. 3, CC al señalar “*Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste*”.

Se coloca como ejemplo que A es deudor de B y estos convienen que A se compromete a pagar C, con lo que se extingue el crédito de B y subsiste el nuevo entre A y C. Acontece también mediante la figura de la delegación perfecta o novatoria. Por ejemplo, el “acreedor delegante A” encarga a su “deudor delegado B” de pagar al acreedor de éste C (delegatario). Siendo requisito indispensable que el acreedor A consienta el liberar a su deudor B, pues de lo contrario no habría delegación perfecta. Acontece en el ejemplo la novación por cambio de acreedor porque A deja de ser acreedor y la relación nueva acontece entre B (deudor) y C (acreedor). Es necesario el consentimiento del deudor<sup>49</sup>. Porque no se trata de una cesión de crédito en la que solo se precisa notificación del deudor (CC, art. 1551).

Algunos la confunden con la cesión de créditos, pero ésta última no extingue el crédito primitivo y no es necesario el consentimiento del deudor que sí se precisa en la novación. En la cesión de derechos, el deudor puede oponer al acreedor las mismas excepciones al cesionario, en tanto que en la novación no, porque no conserva las garantías ya que la antigua obligación se extinguió<sup>50</sup>.

Podría cambiar el objeto y alguno de los sujetos de la relación obligatoria y entonces se estará en presencia de una obligación mixta<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 331; TSJ/SCC, Sent. 0072 del 5-2-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM>.

<sup>47</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 136; TSJ/SCC, Sent. N° 0064 del 29-1-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Enero/RC-0064-290102-00463-00316.htm> “La sentencia impugnada expresó que no hubo novación subjetiva por cambio de deudor, por cuanto esta figura jurídica puede producirse por dos vías: **mediante subrogación por parte del deudor...** o mediante la delegación por la cual un nuevo deudor sustituye al antiguo, también llamada adjudicación novativa.

<sup>48</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 137 y 138.

<sup>49</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 332; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 754.

<sup>50</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 363; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 533 y 534; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 332; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 70; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 754; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 138; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 363 y 364.

<sup>51</sup> MÉLICH ORSINI, José: *Modos...*, p. 109.

### 1.3. *Diferencia con otras figuras*<sup>52</sup>

La figura se diferencia de la *delegación*<sup>53</sup>. Refería LAGRANGE que el CC no ha dedicado una sección aparte a la figura de la delegación, sino que contiene normas fragmentarias o imperfectas que vienen confundidas dentro de las normas sobre novación. La delegación “puede” ser un modo de lograr una novación. Ello acontece cuando un acreedor que actúa como delegante da la orden a otra persona que actúa como delegado de sustituirse a él, frente a otro acreedor, para obligarse frente a éste a cumplir una determinada prestación, y el acreedor lo acepta. Este acreedor es la figura del delegatario que libera al deudor originario de su primitiva prestación, produciéndose una *delegación novatoria*, en virtud de la cual el tercero queda obligado como deudor frente al primitivo acreedor. La delegación novatoria tiene el efecto de extinguir la primitiva relación obligatoria sustituyéndola por una relación obligatoria distinta con un nuevo deudor. Y para que este efecto se produzca es obviamente necesario que el primitivo acreedor lo consienta.

La *delegación no novatoria o delegación imperfecta* supone un efecto diferente, el primitivo acreedor puede dar la orden a otra persona de constituirse en deudor de su acreedor, en deudora del acreedor del acreedor y al hacerlo un nuevo acreedor se añade al anterior. De modo que el primitivo deudor y el nuevo deudor quedan obligados a la misma prestación. El acreedor en tal caso puede exigir el cumplimiento de la prestación indistintamente al nuevo deudor o al primitivo<sup>54</sup>.

Se diferencia también de la figura de la “expromisión”<sup>55</sup>, por la cual un tercero asume la deuda de un determinado sujeto conviniéndolo con el acreedor y sin intervención del deudor. Puede suceder que el viejo acreedor no libere al antiguo deudor sino que se añada al expromitente en cuyo caso acontece una expromisión no novatoria. El artículo 1316 CC aplica tanto a la delegación como a la expromisión novatoria porque puede operar sin consentimiento del deudor.

Se distingue la novación de la indicación del *solvens* o *accipiens*. Ello con base al artículo 1319 CC: “*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*”. Detrás de estas dos figuras que indica la norma existe sencillamente un “mandato”. La indicación de quien va pagar una deuda (por ejemplo emitiendo un cheque) no produce novación. Si por alguna

---

<sup>52</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* Véase también: GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, pp. 286 y 287, refieren la diferencia con la delegación, cesión de créditos y subrogación.

<sup>53</sup> Véase sobre la delegación *infra* tema 19.2.

<sup>54</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>55</sup> Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 365.

razón el Banco no paga no se habrá extinguido la obligación. La entidad bancaria paga como una suerte de mandatario<sup>56</sup>.

La novación se diferencia también de la cesión de créditos en la que no hay novación y la relación obligatoria subsiste con sus accesorios a tenor del artículo 1552 CC. Mientras que cuando acontece una novación por cambio de acreedor, la primitiva relación obligatoria se extingue. En la cesión de crédito acontece un contrato entre acreedor y tercero, sin precisar participación de deudor. En la novación se precisa el consentimiento del deudor<sup>57</sup>.

Y finalmente, la novación se diferencia de la *dación en pago*, según señalamos<sup>58</sup> porque la primera se pretende sustituir una obligación por otra, en tanto que en la última se pretende extinguir la obligación existente.

#### 1.4. Requisitos<sup>59</sup>

1.4.1. *Existencia de una obligación anterior.* Es necesaria la existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes. De allí que no se pueda novar una obligación nula<sup>60</sup>.

1.4.2. *Existencia de una obligación nueva distinta a la primitiva.* Mientras no haya la extinción definitiva, completa y total de una obligación no puede haber novación. Pero la extinción se realiza por medio de la sustitución por una obligación nueva que reemplaza la anterior<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>57</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 534.

<sup>58</sup> Véase *supra* tema 18.3.4.6.

<sup>59</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 116-125; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, pp. 283 y 284; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 756 y 756; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 332 y 333; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, 70-73; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 364 y 365; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 534-536; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 384 y 385; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 356-360; TSJ/SCC, Sent. 00939 del 1-12-06, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011206-051111..HTML> ; TSJ/SCC, Sent. 00497 del 10-7-07, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC-00497-100707-04221.HTML>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 6-10-04, <http://guarico.tsj.gob.ve/decisiones/2004/octubre/350-6-5-595-04-79.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Marítimo del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 25-2-08, Exp. 18.686, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/1240-25-18.686-12.html> ; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Barquisimeto, Sent. 20-10-03, Exp. KP02-R-2003-000435, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/649-29-KP02-R-2003-435-.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-1-07, 30.277, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/2116-30-30277-.html> ; Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML>.

<sup>60</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 356 y 357; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 284.

<sup>61</sup> MOISSET DE ESPAÑÉS, *ob. cit.*, T. III, 50; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 284.



1.4.3. La voluntad o intención de novar, a saber, el *animus novandi*<sup>62</sup>. Dispone el artículo 1315 CC: “*La novación no se presume*<sup>63</sup>: *es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto*”. Debe tratarse pues de una voluntad cierta<sup>64</sup>, esto es, que no quede duda de la misma. Esa intención de novar debe ser común a ambas partes<sup>65</sup>.

Prevé el artículo 1317 CC: “*La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación*”.

Y agrega el artículo 1319 CC: “*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*”<sup>66</sup>.

1.4.4. El *aliquid novi*<sup>67</sup>, esto es la comprobación de un elemento “nuevo” que permita caracterizar objetivamente la existencia de una nueva obligación que se crea para sustituir la anterior. Lo que permite distinguir en un caso concreto si hay novación o sólo una modificación de la obligación<sup>68</sup>. Y así se refiere que no produce novación el reconocimiento de una deuda, el fijar un nuevo término, el otorgamiento de garantías de cumplimiento, la recepción de una letra de cambio u otro título de crédito para documentar la vieja obligación, el agregar una obligación a la relación obligatoria primitiva. De manera que para que haya novación ha de existir un elemento nuevo que sea sustancial o esencial, que determine un cambio radical en la fisonomía de la relación obligatoria<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 461, el consentimiento debe recaer sobre el vínculo antiguo y el nuevo; las partes deben extinguir una obligación para crear otra; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>63</sup> Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 282, la novación nunca se presume, sino que debe constar inequívocamente la voluntad de novar.

<sup>64</sup> Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario, Bancario y Marítimo del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 25-2-08, Exp. 18.686, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/1240-25-18.686-12.html> para que pueda producirse la novación de una obligación, necesariamente debe existir la intención de las partes de efectuarla, debiendo constar el consentimiento para ello, bien sea de manera expresa o a través de actos que de manera evidente e inequívoca dejen al descubierto semejante voluntad de las partes.

<sup>65</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 00651 del 12-4-04, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC-00651-120404-00090.htm> la modificación de los contratos escritos requiere consenso escrito de ambas partes, y el pago tardío aceptado no puede ser considerado como un uso ni es uno de los medios de novación previstos en los artículos 1.314 y 1.325 del Código Civil”.

<sup>66</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 00939 del 1-12-06, <http://www.tsj.decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011205-051111..htm>.

<sup>67</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 123-125.

<sup>68</sup> Véase: *ibid.*, p. 124.

<sup>69</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

Se precisa una diferencia esencial entre la obligación original y la nueva que va a sustituirla<sup>70</sup>. Es pues determinante en la novación la existencia de un elemento nuevo determinante que de origen a una nueva obligación<sup>71</sup>.

1.4.5. *La capacidad* la agregan algunos<sup>72</sup>, aunque ello forma parte de la teoría general de la capacidad.

### 1.5. *Efectos de la novación*<sup>73</sup>

1.5.1. En general: extingue la obligación anterior y nace una nueva<sup>74</sup>. La novación es un acto jurídico que produce un doble efecto: Extingue la obligación preexistente y la reemplaza por una nueva que ha de nacer en ese mismo instante<sup>75</sup>. Con la novación se pierden en principio garantías salvo pacto en contrario. Así lo disponen los artículos 1320<sup>76</sup> y 1321<sup>77</sup> CC.

1.5.2. *Efectos de la novación objetiva*: Además de los citados artículos 1320 y 1321 CC. El art. 1322 CC agrega: “*Si la novación se verifica entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, los privilegios y las hipotecas del crédito anterior no pueden reservarse sino sobre los bienes del deudor que contrae la nueva obligación*”.

El art. 1324 CC prevé: “*La novación carece de efecto si la antigua obligación era nula; a menos que la nueva haya sido contraída en mira al mismo tiempo de confirmar la antigua, conforme a las reglas legales, y de reemplazarla*”.

1.5.3. *Efectos de la novación subjetiva por cambio de deudor*: Dispone el art. 1319: “*No produce novación la simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él*”.

<sup>70</sup> GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, p. 284.

<sup>71</sup> Véase: Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML> se precisa la necesidad de una obligación nueva... no existe una nueva obligación, distinta a la que en el presente juicio se ventila.

<sup>72</sup> Véase: CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 535; LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>73</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 757 MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 335 y 336; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, 73-76; GARBATI GARBATI y LEÓN PARADA, *ob. cit.*, pp. 285 y 286; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 138-150; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 365 y 366.

<sup>74</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 536 y 536, la obligación nueva que reemplaza a la primera es la única que regulará las relaciones entre las partes.

<sup>75</sup> Juzgado Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios San Cristóbal y Torbes de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-7-15, Exp. 13909, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2954-17-13909-4848.HTML>.

<sup>76</sup> “*Los privilegios e hipotecas del crédito anterior no pasan al que lo sustituye, si el acreedor no ha hecho de ellos reserva expresa*”. Refería LAGRANGE (*Apuntes...*) que hay que entender que la palabra privilegio se refiere únicamente a la prenda.

<sup>77</sup> “*Cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no se transfieren a los bienes del nuevo deudor*”.

El art. 1321 CC prevé: “Cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no se transfieren a los bienes del nuevo deudor”.

1.5.4. *Efectos de la novación subjetiva por cambio de acreedor.* Dispone el art. 1323 CC: “El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último. Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía al tiempo en que consintió en la delegación”.

1.5.5. *Efectos respecto a la delegación novatoria pasiva.* Señala el art. 1318 CC: “El acreedor que ha libertado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación”.

Prevé el art. 1325 CC: “El que ha aceptado la delegación queda válidamente obligado para con el delegatario, aun cuando su obligación para con el delegante o del delegante para con el delegatario, sea nula o esté sujeta a excepción”.

## 2. Delegación<sup>78</sup>

### 2.1. Generalidades y noción

El Código Civil no la refiere como modo de extinción autónomo de las obligaciones, sino a propósito de la novación, “la delegación es una institución bastante confusa en la legislación y en la doctrina. Nuestro Código la reglamentó conjuntamente con la novación porque puede ser novatoria y porque así lo dispuso el CC francés siguiendo a Pothier<sup>79</sup>. Sin embargo, se afirma que a pesar de presentar conexiones evidentes con la novación, constituye una institución autónoma y *sui generis*, que debe deslindarse de la anterior.<sup>80</sup>”

Constituye un acto por el cual una persona (delegante) encarga a otra (delegado) la realización de un acto que ejecuta en su propio nombre del delegado pero en beneficio de una tercera persona (delegatario). “La delegación es un fenómeno amplio que abarca no sólo al cambio de deudor, sino también al acreedor”<sup>81</sup>. Así pues, en la figura participan tres (3) sujetos:

<sup>78</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 19-103; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 337-342; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 759-762; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 367-371; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 76-80; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 542-549; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 269-275; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 422-425; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1009-1029 (delegación de deuda); SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 265 y 266; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 471-493; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 394-397; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 147-151.

<sup>79</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1009 y 1010.

<sup>80</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 76.

<sup>81</sup> PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 394; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 337; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 76; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 759, es una operación jurídica por la cual el delegante ordena al delegado obligarse frente a un tercero que el delegatario; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, pp. 55 y 56.

delegante, delegado y delegatario. No precisa necesariamente de un vínculo jurídico previo entre delegante y delegatario. Se discute su naturaleza jurídica<sup>82</sup>.

### 2.2. Utilidad y aplicaciones prácticas<sup>83</sup>

Se trata de una figura *sui generis*, entre sus ventajas: tiende a simplificar la situación mediante la concentración en una sola relación jurídica obligatoria. El deudor puede designar a un tercero para que pague a su acreedor; un acreedor puede designar a su deudor para pagar a su acreedor; puede reducir una obligación a dos obligaciones. No requiere de vínculo jurídico. Puede proceder *animus donandi* o *animus credendi*. "Se trata de un mecanismo muy utilizado en la actualidad y que facilita el pago de deudas porque, a través de él no es el propio deudor quien procede materialmente al pago de la deuda contraída frente al acreedor, sino que lo hace por medio de un tercero o delegado. Así ocurre en la domiciliación de recibos, o pagos de deuda que realizan regularmente a través de entidades bancarias"<sup>84</sup>.

La delegación tiende a concentrar dos prestaciones entre tres personas en una sola prestación entre dos personas solamente. Presupone generalmente la existencia de dos relaciones de crédito-deuda que se han establecido entre tres sujetos distintos. Normalmente es así, pero pudiera no serlo. Por ejemplo, que A le debe a B tal cantidad de Bs. pero A, a la vez es acreedor de cierta cantidad de bolívares con C. Hay una relación de crédito-deuda entre A y B y entre A y C. Normalmente lo que la delegación trata de hacer es simplificar esas dos relaciones haciendo que C le pague a B (acreedor de A) con la finalidad de que con un solo pago se extinga la primera, así como la segunda relación de crédito deuda<sup>85</sup>.

### 2.3. Diferencias con otras figuras jurídicas

La delegación es una figura *sui generis* que facilita el cumplimiento de las obligaciones y que no produce necesariamente la novación sino cuando las partes así expresamente lo declaran; la delegación a diferencia de la novación, no precisa de un vínculo jurídico previo entre las partes. No produce novación sino cuando las partes así lo declaran siendo tal una delegación novatoria. La novación exige una obligación primitiva que es reemplazada por una nueva; la delegación no exige necesariamente la existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes. Se diferencia del mandato porque se actúa en nombre propio<sup>86</sup>. En efecto, la delegación se diferencia del

---

<sup>82</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 76, esto es si se trata de un acto de manifestación unilateral de voluntad o más bien deriva de la relación preexistente entre delegante y delegado. Para algunos la discusión es una mera sutileza; Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 3-8-09, Exp. 1.958-09, <http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/AGOSTO/499-3-1.958-09-102-09.HTML>.

<sup>83</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 337 y 338.

<sup>84</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>85</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, la relación entre delegado y delegatario se denomina relación final.

<sup>86</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, pp. 55 y 56.

mandato porque en éste el mandatario actúa en nombre y en ocasiones en representación del mandante, en tanto que el delegado actúa en nombre propio y no del delegante.

La diferencia con la novación<sup>87</sup> viene dada cuando se trata de delegación activa, así como de delegación pasiva, puede suceder que el delegado se sustituya como parte de una relación obligatoria que en realidad viene a extinguirse quedando liberado el primitivo deudor o perdiendo su crédito el primitivo acreedor. Cuando esto ocurre la delegación trae consigo la novación y en tal caso se alude a delegación novatoria o delegación perfecta. Mientras que cuando ese efecto no se produce sino que en virtud de la delegación pasiva viene a agregarse al deudor primitivo otro, o en virtud de la delegación activa, un nuevo acreedor viene a agregarse al acreedor primitivo, entonces se alude a delegación acumulativa o delegación imperfecta<sup>88</sup>.

También se diferencia la delegación activa de la cesión de créditos<sup>89</sup>. Esta última es un acto por el cual se transmite el derecho y el cesionario recibe exactamente el mismo crédito que tenía en su patrimonio el cedente provisto de las mismas garantías en tanto que en la delegación activa novatoria se adquiere una acreencia completamente nueva y se extingue la acreencia primitiva. En la cesión de crédito el deudor no es parte y debe ser notificado. En cambio en la delegación, el deudor es parte y debe consentir para que exista la delegación<sup>90</sup>.

#### 2.4. Clases de delegación

2.4.1. Desde el punto de vista de la cualidad de acreedor o de deudor del delegante puede ser delegación activa (el delegante es el acreedor) o delegación pasiva (el deudor actúa como delegante). Recordemos que en la delegación participan tres personas: delegante, delegado y delegatario.

a. *Delegación pasiva*: el delegante es el deudor, el cual asigna un nuevo deudor (delegado) a su acreedor (delegatario). De modo que el delegante es el que asume la iniciativa de la delegación. Éste es el deudor de la delegación pasiva; delegado el que se constituye en nuevo deudor; y delegatario el primitivo acreedor.

b. *Delegación activa*: en el que toma la iniciativa de la delegación es el acreedor. El acreedor (delegante) autoriza a un tercero (delegado) a hacerse destinatario de la promesa de cumplir la obligación hecha por el deudor que en este caso es delegatario, viniendo con este a ser un nuevo acreedor el delegado. Así pues, en la delegación pasiva el delegatario es el acreedor; en la delegación activa el delegatario es el deudor<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Véase *supra* tema 19.1.3.

<sup>88</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 77 y 78.

<sup>89</sup> Véase *supra* tema 19.1.3. MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 342; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 760 y 761.

<sup>90</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 368.

<sup>91</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 339 y 340; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 78.

#### 2.4.2. Desde el punto de vista que se produzca o no novación

La delegación puede ser perfecta o imperfecta, según produzca o no novación<sup>92</sup>.

a. *Perfecta o novatoria*<sup>93</sup>: se produce una verdadera novación. El delegante queda liberado lo que acontece cuando la deuda queda totalmente satisfecha<sup>94</sup> (extingue la obligación entre delegante y delegatario). Precisa el consentimiento expreso (no precisa de fórmula sacramental)<sup>95</sup> de las tres partes involucradas porque de lo contrario se está ante una delegación imperfecta o simple que no propicia novación<sup>96</sup>.

\*Puede ser **activa** (un acreedor delegante que lo es del deudor delegado le indica que pague a un delegatario)<sup>97</sup>. En ella, el acreedor delegante (A) que lo es del deudor delegado (B) le indica a éste que efectúe el pago a C (delegatario). Precisa el consentimiento de todas las partes (A, B y C). Se extingue la obligación entre el delegante A y el delegado B y se crea una obligación nueva entre el delegado B y el delegatario C<sup>98</sup>.

\*Puede ser **pasiva**, en cuyo caso el deudor delegante que lo es del acreedor delegatario le indica a un tercero delegado para que le pague la deuda. Se señala que el supuesto es el de un deudor A (delegante) que lo es del acreedor B (delegatario) y le indica a un tercero C (delegado) para que le pague la deuda. La obligación primitiva entre el delegante A y el delegatario B se extingue para ser sustituida por la obligación entre el delegado C y el delegatario B<sup>99</sup>.

La delegación no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario. Reuniendo estos tres consentimientos, la delegación es perfecta, sin que sea necesario al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades<sup>100</sup>.

<sup>92</sup> PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 367.

<sup>93</sup> No precisa vínculo previo aunque es común; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 78-80.

<sup>94</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>95</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 0072 del 5-2-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM> “La delegación en cuestión fue un hecho conocido por la empresa demandante, y ella declaró liberar al deudor, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil, ya que la “aceptación expresa de la delegación”, a que se refiere parte del citado artículo, no debe entenderse como una manifestación concebida en una fórmula sacramental que exprese literalmente su aceptación del nuevo deudor”.

<sup>96</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 340.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 266, puede ser activa o de crédito, donde el delegante es el acreedor y lo que persigue es convertir al delegatario en nuevo acreedor del delegado.

<sup>98</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 340.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 0072 del 5-2-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM> “es un hecho admitido por las partes la delegación efectuada. En donde las partes no muestran acuerdo, es en relación con la forma como debe declarar expresamente el acreedor su “voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación”, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil.

*Efectos de la delegación novatoria*<sup>101</sup>

a. *Respecto al delegado*. CC, art. 1325: “*El que ha aceptado la delegación queda válidamente obligado para con el delegatario, aun cuando su obligación para con el delegante o del delegante para con el delegatario, sea nula o esté sujeta a excepción*”.

b. *Respecto al delegatario*. Prevé el art. 1318 CC “*El acreedor que ha liberado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación*”.

Dispone el art. 1323 CC: “*El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último. Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía al tiempo en que consintió en la delegación*”. Se discute la naturaleza del recurso del acreedor delegatario con el deudor delegante<sup>102</sup>.

c. *Delegación imperfecta o simple*<sup>103</sup>: Es la delegación que no produce novación.

Dispone el artículo 1317 del CC: “*La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación*”.

Según la norma se precisa *declaración expresa del acreedor de libertar al deudor que ha hecho la delegación* para que opere la delegación novatoria, esto es, exista novación. Sin esa declaración expresa que permite liberar al antiguo deudor, estamos en presencia de una *delegación imperfecta*. Los signos característicos de la delegación imperfecta sirven para circunscribir el límite de la delegación perfecta y para completar su noción. Uno de los artículos que caracteriza la delegación imperfecta, es precisamente el 1.317 del Código Civil, según el cual, la delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante, de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que debe cumplir las obligaciones en su lugar, no basta legalmente para producir la novación, esto es, así como la *cessio pro soluto* corresponde a la delegación perfecta, la *cessio pro solvendo* responde a la delegación imperfecta, llamada comúnmente adjudicación simple<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 369 y 370.

<sup>102</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 341.

<sup>103</sup> Véase: *ibid.*, p. 342; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 80; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 759.

<sup>104</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 0072 del 5-2-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-99034.HTM>.

En la delegación imperfecta el acreedor delegatario tiene dos deudores: el deudor delegante y el deudor delegado. Para algunos se debe demandar primero al delegado y solo subsidiariamente al delegante, en tantos otros consideran que se puede demandar a cualquiera de ellos<sup>105</sup>. Esta última se presenta como la posición correcta a falta de disposición expresa que indique lo contrario. Esto es, en la delegación imperfecta “el delegante y delegado deben el crédito de forma cumulativa frente al delegatario”<sup>106</sup>, confirmando entonces al delegatario una garantía suplementaria<sup>107</sup>. El artículo indicado en concordancia con el artículo 121 del Código de Comercio es referido por una sentencia judicial a propósito de un cheque librado para el cobro de una obligación, respecto del que se considera no se produce novación<sup>108</sup>. En el mismo sentido se considera a propósito de factura y notas de débito<sup>109</sup>.

Se trata de una operación favorable para el delegatario, pues no se destruye el vínculo que lo une al delegante. Ella es igualmente ventajosa para el mismo delegante y que le permite, dándole al delegatario una doble seguridad de pago, sea de obtener el crédito, de restablecer su crédito perdido. Por ello, la delegación imperfecta es más frecuente en los negocios que la delegación perfecta<sup>110</sup>.

### 3. Remisión de deuda<sup>111</sup>

<sup>105</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 342.

<sup>106</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>107</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 473.

<sup>108</sup> Juzgado Noveno de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 3-8-09, Exp. 1.958-09, <http://bolivar.tsj.gov.ve/DECISIONES/2009/AGOSTO/499-3-1.958-09-102-09.HTML>. El Código de Comercio trata la figura de la delegación y la novación en el artículo 121, indicando que al emitirse documentos negociables en la ejecución o cumplimiento de un pacto con ocasión de un contrato, no se produce novación...Es la delegación que no produce novación. A ella se refiere el artículo 1.317 del Código Civil. En esta delegación imperfecta... habiendo librado los cheques identificados en actas se tenía la obligación de proveer al librado de los fondos necesarios para cubrir la cantidad expresada en dichos instrumentos.

<sup>109</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 00939 del 1-12-06, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00939-011206-05111..HTM> “la Sala considera que el Juez Superior incurrió en un error al calificar que la obligación principal (derivada de las facturas y notas de débito) fue novada, pues para que ello ocurra es necesario que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor; de otro modo, se estaría en presencia de una delegación imperfecta que no genera novación”.

<sup>110</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 759 y 760.

<sup>111</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La remisión de deuda*. En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 217-244; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 227-252; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 350-353; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 763-765; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 90-94; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 549-555; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 153-156; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345...*; FLORENSA TOMAS, Carles Enric: *La condonación de la deuda en el Código Civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*. Universitat de Barcelona, Tesis presentada para la colocación del grado de Doctor, 1987, [http://www.tdx.cat/bitstream/10803/1602/6/06.CEFT\\_6de6.pdf](http://www.tdx.cat/bitstream/10803/1602/6/06.CEFT_6de6.pdf); OSTERLING PARODI, Felipe y Mario Castillo Freyre: *La condonación*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IX, N° 18, Lima, 1999, pp. 124-135, [http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com\\_](http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_)



### 3.1. *Noción*

La doctrina extranjera refiere que no es precisamente un tema del que en general se haya ocupado mucho la doctrina<sup>112</sup>. En la doctrina patria, encontramos como en otros tantos temas la contribución de Mélich<sup>113</sup>.

Se trata de un acto por el cual el acreedor renuncia gratuitamente al derecho de crédito contra el deudor. Se denomina también perdón, condonación<sup>114</sup>, remisión, quita o liberación<sup>115</sup>, pues supone que el acreedor da por extinguido total o parcialmente el crédito sin nada a cambio<sup>116</sup>.

Se afirma que “*la remisión de deuda, en su sentido estricto, supone la voluntad del acreedor de perdonar a su deudor*”, pero no es suficiente que se resigne a no ejecutar su acreencia sino que se precisa “una efectiva voluntad de abandonar su derecho de crédito”. Al efecto indica Lete que la “condonación también llamada remisión o perdón, es el acto gratuito mediante el cual el acreedor manifiesta su voluntad de liberar al deudor”<sup>117</sup>. Se debe resaltar su carácter “gratuito”, pues la extinción del crédito mediante una ventaja equivalente nos coloca antes figuras distintas como la dación en pago.

“La llamada remisión de deuda prevista en el derecho romano dentro de la cual reguló la llamada *remissio mercedis*, que era la liberación que se daba al arrendatario de no pagar la renta por el uso de un predio, si por caso fortuito se perdía la cosecha. También el derecho italiano en su artículo 1236 del Código Civil previene la posibilidad que el acreedor remita la deuda la cual extingue la obligación”<sup>118</sup>.

Los autores extranjeros la diferencian de la renuncia respecto de la que se discute la naturaleza unilateral o bilateral, concluyendo que la remisión precisa la aceptación<sup>119</sup>. Constituye un principio que data del Derecho Romano que nadie puede ser obligado a aceptar un beneficio<sup>120</sup>. Por lo que se concluye que la remisión necesariamente es un contrato y por lo tanto

tent&view=article&id=25&Itemid=141; TSJ/SCC, Sent. N° 0451 del 20-12-01, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0451-201201-00871.htm>.

<sup>112</sup> FLORENSA TOMAS, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>113</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, pp. 217-244; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 227-252.

<sup>114</sup> Véase: Juzgado Segundo de los Municipios Guacara y San Joaquín de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/748-18-1066-06-.html>; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html>; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140 <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html>.

<sup>115</sup> FLORENSA TOMAS, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>116</sup> PUIG I FERRIOL Y OTROS, *ob. cit.*, p. 406.

<sup>117</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 184.

<sup>118</sup> Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html>.

<sup>119</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 466; MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 149.

<sup>120</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, pp. 149 y 150.

bilateral, requiere el consentimiento de acreedor y deudor<sup>121</sup>. La remisión de deuda no es un acto unilateral, el acreedor solo podría abstenerse de demandar, pero la extinción anticipada de la deuda, supone un acuerdo entre acreedor y deudor y por tal es un acto convencional<sup>122</sup>.

De allí que Mélich señale que la remisión de deuda puede resultar de una manifestación expresa o tácita del acreedor pero su eficacia depende si ha llegado a conocimiento del deudor y no la ha objetado<sup>123</sup>.

### 3.2. *Naturaleza*<sup>124</sup>

Se discute si es un acto unilateral o bilateral. Se pretende afirmar que la ley no tiene interés en mantener con vida una relación obligatoria cuando el propio interesado, a saber, el acreedor manifiesta su ausencia de interés en preservar el vínculo. Quienes consideran que es bilateral sostienen la naturaleza convencional de la obligación pues el acreedor puede abstenerse de reclamar pero no puede extinguir anticipadamente, lo que requiere por lo menos la aceptación tácita del deudor. Esta parece ser la opinión más aceptable pues no puede asimilarse la figura a la mera inercia del acreedor<sup>125</sup>.

El puro hecho de que el acreedor se resigne ante la insolvencia de su deudor a no ejecutar su acreencia o a contabilizarla como una pérdida, no es suficiente, pues la deuda permanecería viva y el acreedor conservaría sus derechos, hasta el punto de poder hacer lo necesario para interrumpir la prescripción. La remisión de deuda, postula en cambio, una efectiva voluntad de abandonar el derecho de crédito, teniendo por efecto la liberación del deudor<sup>126</sup>.

De allí que se aluda a un “convenio o acuerdo” gratuito para extinguir la obligación<sup>127</sup>. Y en este sentido se afirma que “La naturaleza de la aceptación está en relación con el carácter de acto lucrativo de la condonación. Es un principio aceptado desde el derecho romano que nadie puede ser enriquecido sin su voluntad (Ulpiano: D.39.5), porque las riquezas implican correlativamente unas cargas y responsabilidades que pueden no ser deseadas por el deudor remitido”<sup>128</sup>.

---

<sup>121</sup> Véase: *ibid.*, p. 154.

<sup>122</sup> PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, p. 720.

<sup>123</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión...*, p. 230. Véase también señalando que puede ser tácita: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 90.

<sup>124</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 350 y 351.

<sup>125</sup> Refería LAGRANGE (*Apuntes...*) que más extendida en la doctrina es la opinión según la cual la remisión de deuda resulta cuando se realiza entre acreedor y deudor, de un acuerdo de voluntades por el cual ambos acuerdan terminar el vínculo obligatorio gratuitamente a favor del deudor. Si el deudor no concurría con el acreedor en esa voluntad común, la obligación no se extinguiría. Lo más que podría hacer el acreedor es abstenerse de exigir el cumplimiento de la obligación.

<sup>126</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 218.

<sup>127</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 384.

<sup>128</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 147; SÁNCHEZ CID., *ob. cit.*, pp. 278 y 279, para algunos es unilateral: para otros es bilateral pues el acreedor lo único que puede hacer es abstenerse de cobrar su crédito.

Ochoa considera que la remisión de deuda es un acto convencional o negocio jurídico bilateral<sup>129</sup>, es una convención o contrato que se asimila a la donación en cuanto a sus requisitos<sup>130</sup> o reglas de fondo<sup>131</sup>. Aunque otros autores acertadamente la ven como una donación indirecta por lo que no se exige que sean observadas las reglas de forma de las donaciones<sup>132</sup>, toda vez que la remisión de deuda es un acto neutro<sup>133</sup>, que hace abstracción de la causa<sup>134</sup>.

Indica la doctrina que aunque se sostenga su carácter unilateral es una eventualidad posible la resistencia del deudor a aceptar la remisión por lo que cabe concluir que si no se puede obligar a nadie a aceptar una donación tampoco a liberarse de una deuda<sup>135</sup>. Nadie puede ser obligado a aceptar un beneficio. De allí que acertadamente se afirme que la figura precisa tanto de la voluntad del acreedor como del deudor; aunque la de este último puede ser tácita y resultar de silencio<sup>136</sup>.

Esto es, indudablemente la remisión de deuda precisa de la voluntad del deudor aunque sea tácita, por lo que no cabe pues una remisión de deuda contra la voluntad expresa del deudor, toda vez que la obligación constituye un vínculo bipolar en que la voluntad de ambas partes es fundamental. Cuando se afirma que la voluntad unilateral no constituye en principio modo extintivo de las obligaciones, ello aplica igualmente a la voluntad del acreedor.

A pesar de su semejanza con la donación, tiene un efecto extintivo y no transmisivo o atributivo<sup>137</sup>.

### 3.3. Clases de remisión<sup>138</sup>

Puede ser *total o parcial*<sup>139</sup>, si se refiere a toda o parte de la deuda, respectivamente. La remisión del capital no se extiende a la de los intereses<sup>140</sup>.

También puede ser *expresa o tácita* según la voluntad expresa de condonar deuda o se precisa de la conducta omisiva del acreedor. Pero somos del criterio que la remisión de deuda figura como una suerte de contrato que

<sup>129</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 763.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 764; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 549 y 550, ya que constituye una liberalidad o donación, está sometida a las reglas de fondo que rigen las donaciones.

<sup>131</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 222, especialmente nota al pie 8, cita a Maduro-Pittier y a Dominici.

<sup>132</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 443. En el mismo sentido LAGRANGE (*Apuntes...*), quien señalaba que “aunque la remisión de deuda constituye una liberalidad no está sujeta a las reglas de “forma” de las donaciones” (Véase CC art. 1439); BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 90, no requiere las “formalidades” exigidas a la donación.

<sup>133</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 227.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>135</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 158.

<sup>136</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 443.

<sup>137</sup> FLORENSA TOMAS, *ob. cit.*, pp. 3 y 8.

<sup>138</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 351 y 352; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 91.

<sup>139</sup> Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 385, para algunos al parcial se le llama “quita”.

<sup>140</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión...*, p. 236.

precisa voluntad del acreedor y deudor. Esta última aunque sea tácita, si se induce de ciertas circunstancias de hecho como que el propio CC acepta<sup>141</sup>.

### 3.4. Requisitos<sup>142</sup>

3.4.1. *De fondo*: Si se admite que la remisión es un acto de naturaleza convencional requerirá de la voluntad de las partes libremente formada. El acreedor debe proceder con el ánimo de hacer una liberalidad o *animus donandi*. De allí que algunos exijan la capacidad necesaria para las donaciones (CC, arts. 1435 y 1436) pues a ella aplican *mutatis mutandi* las reglas de “fondo” especiales sobre donaciones (tales como la revocabilidad por supervivencia de hijos, la obligación de colacionar, la reducción de donaciones si afecta la legítima, etc.). Y como toda donación es irrevocable desde el momento en que ha sido aceptada por el deudor, salvo los casos en que la propia ley admite la revocación de las donaciones. Cabe recordar igualmente el artículo 1279 del CC en materia de acción pauliana sobre los actos hechos en fraude de los acreedores.

3.4.2. *De forma*: Aunque la remisión de deuda constituya una liberalidad, no está sujeta a las reglas de “forma” de la donación, que es un contrato solemne a tenor del artículo 1439 CC. Por lo que se excluyen de tales requisitos solemnes a las donaciones indirectas como es el caso de la remisión de deuda. Consideración que encuentra consagración implícita en el artículo 1326 del CC al aludir a la entrega del título original. La remisión de deuda podría provenir de un acto testamentario en cuyo caso para su validez precisa que éste se ajuste a los correspondientes requisitos de ley.

### 3.5. Prueba y presunción legal de remisión<sup>143</sup>

La prueba de la remisión de deuda se rige por el Derecho común (arts. 1387, 1392, 1393 CC). Por lo que quien alegue la remisión de deuda como medio extintivo liberatorio de la obligación, deberá probarla.

La remisión de deuda no está sometida a ningún requisito de forma<sup>144</sup> pues recordemos que las normas relativas a la donación son aplicables respecto al “fondo” del acto, mas no a la forma. Para Mélich puede resultar de una declaración expresa del acreedor (remisión expresa) o de un conjunto de circunstancia graves precisas y concordantes que permitan inducir esa voluntad del acreedor (remisión tácita)<sup>145</sup>.

La única presunción se ubica en el artículo 1326 del CC: “*La entrega voluntaria del título original bajo documento privado, hecha por el acreedor al deudor, es una prueba de liberación*”<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>142</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>143</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, pp. 229-235; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 352.

<sup>144</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 229.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 229 y 230.

<sup>146</sup> Véase: *ibid.*, pp. 231-235

Se precisa la entrega de título original, voluntaria, hecha por el acreedor o apoderado con facultad, hecha al deudor o mandatario (no a fiador). Es una presunción *iure et de iure*<sup>147</sup>. Refiere LAGRANGE que la norma no alude a que la entrega del título constituya una prueba de la remisión sino más ampliamente de la liberación de la obligación. Se explica como una forma tácita de condonar porque el acreedor se priva del instrumento con el cual podía probar la existencia de la obligación. Por lo que entregar el título de la deuda constituye un modo de efectuar la remisión de deuda, pues recordemos que la figura no está sometida a los mismos requisitos de forma de las donaciones.

Las condiciones de procedencia de la presunción que no admite prueba en contrario (salvo que no operen los siguientes requisitos) del artículo 1326 CC son entonces:

- a. Que se trata de un documento o instrumento privado pues si se trata de un instrumento público el acreedor siempre podrá prevalerse de una copia certificada.
- b. Que la entrega por parte del acreedor sea voluntaria, lo que descarta la obtención del título por medios fraudulentos.
- c. Que la entrega haya sido hecha por el acreedor o en su defecto por un mandatario de éste suficientemente autorizado para hacer tal entrega.
- d. La entrega debe ser hecha al deudor o a un mandatario del deudor o a un coobligado; no al fiador porque la remisión hecha a este no aprovecha al deudor principal<sup>148</sup>.

Finalmente, en caso de prenda, cabe citar el artículo 1327 CC: “*La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda*”. Pues el acreedor que restituye la prenda renuncia a la garantía, lo accesorio, pero no al crédito principal que tiene existencia propia e independiente de la prenda, lo cual será extensible a otras garantías anexas al crédito tales como hipotecas, fianzas y privilegios<sup>149</sup>.

### 3.6. Efectos<sup>150</sup>

3.6.1. *Extinción* de la obligación. Se alude al supuesto de remisión “parcial”, toda vez que el acreedor es quien determina la extensión de la remisión. Pero cabe recordar que como los intereses son algo diverso al capital, algunos autores se pronuncian sobre que la remisión de la deuda de la obligación principal no se extiende a los intereses. Situación similar

<sup>147</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 92.

<sup>148</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, agrega que debe recordarse que si la obligación es solidaria o indivisible no se afecta sino la parte del acreedor que hizo la entrega. Y si la obligación es múltiple, mancomunada o a prorrata, la sustitución del título hecha por uno de los acreedores, no es eficaz si los demás no la confirman.

<sup>149</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 92; MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, p. 235.

<sup>150</sup> OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 764 y 765; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 353; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 92-94; MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, pp. 236 y ss.

se refiere respecto de la remisión de obligaciones de ejecución continuada o periódica, en que no solo hay la posibilidad de condonar solo el pago del lapso transcurrido, sino la de excluir la permanencia de la obligación para el futuro. En cambio, en caso de una obligación única, aunque deba cumplirse por cuotas diferidas en el tiempo, la remisión de tal obligación sin mayor especificación tiende a interpretarse referida a la integridad de la deuda<sup>151</sup>.

3.6.2. Se extinguen las garantías de la obligación, así como las obligaciones accesorias de la misma.

3.6.3. En caso de fianza, debe tenerse en cuenta los artículos 1328 al 1330 CC. El artículo 1328 CC dispone: “*La remisión o quita concedida al deudor principal aprovecha a sus fiadores; pero la otorgada a éstos no aprovecha a aquél*”<sup>152</sup>. Ello pues la obligación del fiador es accesorio a la del deudor principal. Por lo que la remisión otorgada al fiador no aprovecha al deudor principal en razón de dicha accesoriedad.

El artículo 1329 CC prevé: “*La remisión hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin consentimiento de los demás, aprovecha a éstos por la parte de deuda de aquél a quien se hizo la remisión*”.

El artículo 1330 CC señala: “*En todo caso, lo que el acreedor haya recibido de un fiador para libertarlo de la fianza, debe imputarse a la deuda en descargo del deudor principal y de los demás fiadores*”<sup>153</sup>.

Finalmente, deben recordarse las normas del CC contenidas en los artículos 1246 en materia de solidaridad entre acreedores; el 1231 en materia de solidaridad pasiva y el 1255<sup>154</sup> respecto de las obligaciones indivisibles.

## 4. Confusión<sup>155</sup>

### 4.1. Noción

La confusión constituye un modo de extinción de la obligación que acontece cuando una misma persona reúne simultáneamente la condición de

<sup>151</sup> MÉLICH ORSINI, *La remisión de deuda...*, pp. 236 y 237.

<sup>152</sup> Véase: *ibid.*, pp. 237-240.

<sup>153</sup> *Ibid.*, pp. 241 y 242.

<sup>154</sup> Véase: *ibid.*, pp. 242 y 243.

<sup>155</sup> Véase: ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: *La confusión de derechos*. Valencia-España, Tirant Lo Blanch, 35, 1995; JIMÉNEZ SALCEDO, M. Carmen: *Algunas reflexiones sobre la confusión como modos de extinción de las obligaciones*. Pp. 481-492 <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2275/1/AD-7-24.pdf>; LEDESMA Uribe, José de Jesús: *La confusión como forma de extinción de las obligaciones del Derecho Romano al Derecho Actual*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/1111/dtr3.pdf>; MÉLICH ORSINI, JOSÉ: *Modos...*, pp. 207-224; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 354-356; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 94-97; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 567-569; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 167 y 168; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 295-298; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345...*; GHERSI, *ob. cit.*, pp. 457-462; OSPINA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 456-460; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 664-669; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 409-413; MAZEUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 387-389.

deudor y de acreedor<sup>156</sup>. Se trata del concurso en el mismo sujeto de dos cualidades que se destruyen mutuamente<sup>157</sup>.

Indica el artículo 1342 del CC: “Cuando las cualidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, la obligación se extingue por confusión”. Por lo que no tiene sentido jurídico la coexistencia de ambas condiciones en un mismo sujeto. Vale recordar que las relaciones jurídicas acontecen al menos entre dos sujetos.

“No tendría sentido que la persona se exigiera a sí misma la realización de la prestación”<sup>158</sup> por lo que supone una imposibilidad subjetiva de cumplimiento<sup>159</sup> pues nadie puede detentar un derecho de crédito contra sí mismo<sup>160</sup>. Se produce cuando un mismo sujeto simultáneamente posee el doble carácter de deudor y acreedor.<sup>161</sup>

Se presenta como una consecuencia necesaria de que existe una imposibilidad conceptual y jurídica de que haya una obligación sin la existencia al menos de dos sujetos ligados por un vínculo de derecho. De allí que se diga que propicia la extinción de la obligación debido al hecho de que un mismo sujeto se reúnan las cualidades de deudor y acreedor<sup>162</sup>. Pues es absurdo o inconcebible que una persona se pague a sí misma o se auto exija el cumplimiento de la prestación<sup>163</sup>.

En materia de derechos reales su equivalente se llama “consolidación”<sup>164</sup>. Esta última supone que un derecho real limitado se extingue cuando en cabeza de la misma persona vienen a reunirse las condiciones de propietario y de titular del derecho real limitado: una persona no puede ser simultáneamente propietario y usufructuario de la cosa, porque el derecho de propiedad siendo de contenido más amplio lo absorbe<sup>165</sup>.

<sup>156</sup> Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 24, concurren en un solo sujeto ambas condiciones pues “la extinción de las obligaciones debido al hecho de que en un mismo sujeto se reúnan las cualidades de deudor y acreedor”; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 312, titularidad activa y pasiva de la obligación en un mismo sujeto.

<sup>157</sup> POTHIER, *ob. cit.*, p. 383.

<sup>158</sup> GHERSI, *ob. cit.*, p. 457.

<sup>159</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 665.

<sup>160</sup> ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>161</sup> “Ello sucede muy ocasionalmente, como por ejemplo, cuando el estado se convierte en heredero patrimonial de un deudor tributario, verbigracia, las herencias vacantes”. Véase: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html>; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html>.

<sup>162</sup> Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>163</sup> LASARTE, *Derecho...*, p. 160.

<sup>164</sup> Véase: ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 664; ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>165</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* como tampoco podría ser un mismo sujeto propietario de un fundo y enfiteuta del mismo.

Se trata para algunos de una “forma de extinción de la relación obligatoria por imposibilidad sobrevenida que tiene el efecto principal de liberar al deudor de la obligación, de resolver el vínculo obligatorio. En realidad, son efectos de cumplimiento sin ser cumplimiento de la obligación, ya que precisamente por la imposibilidad de que una persona se pague a sí misma, la prestación realmente no podía realizarse y por lo tanto, no podemos hablar de confusión como pago propiamente dicho”<sup>166</sup>. Puede ser total o parcial. Para la mayoría se traduce en una forma de extinción del vínculo aunque para algunos puede funcionar como una imposibilidad subjetiva, según veremos de seguida.

#### 4.2 Naturaleza

Se ha sostenido que la confusión no constituye propiamente un modo de extinción de la obligación, sino una “paralización de la acción” toda vez que lo que existe es una imposibilidad transitoria de pagar, pues de modificarse las circunstancias la obligación readquirirá inmediatamente subsistencia; produciendo simplemente un estado de latencia<sup>167</sup>. Se ha visto más bien la figura como un “obstáculo” al cumplimiento de la obligación<sup>168</sup>, esto es, un obstáculo para el ejercicio material del derecho<sup>169</sup>.

Al efecto, refiere Sanojo que propiamente no genera la extinción de la obligación sino realmente la extinción del pago en la persona del deudor. Por lo que cuando no haya imposibilidad de coexistencia de los dos caracteres en la misma persona el crédito subsiste<sup>170</sup>. En tal sentido indica Mélich que la confusión puede no extinguir sino “paralizar” cuando sus efectos cesan; mientras las cualidades de deudor y acreedor se reúnen<sup>171</sup>. El autor reseña ampliamente una “*controversia acerca del fundamento atribuido al efecto extintivo de la confusión*”<sup>172</sup>.

De allí que se afirme que no siendo la extinción producida por la confusión sino el resultado de la imposibilidad de ejecutar la obligación, debemos concluir que la extinción del derecho sólo se produce dentro de los límites de esta imposibilidad<sup>173</sup>.

“Normalmente, la reunión de las cualidades de deudor y acreedor en una misma persona se produce como consecuencia de la sucesión hereditaria. La circunstancia de que en una misma persona se fundan las cualidades

---

<sup>166</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 491.

<sup>167</sup> Véase: GHERSI, *ob. cit.*, p. 458; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 95.

<sup>168</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 388; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 777, desde cierto punto de vista la confusión es más bien, un obstáculo al cumplimiento de la obligación que un modo de extinción de la misma; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 381.

<sup>169</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 567.

<sup>170</sup> SANOJO, *ob. cit.*, pp. 167 y 168.

<sup>171</sup> MÉLICH ORSINI, *Modos...*, p. 216.

<sup>172</sup> Véase: *ibid.*, pp. 209 y ss.

<sup>173</sup> CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 568.



antitéticas de sujeto pasivo y activo de la obligación, produce la inmediata consecuencia de la desaparición del presupuesto fundamental de la obligación, esto es, la distinción de los elementos subjetivos, haciendo imposible la realización de la prestación<sup>174</sup>.

Se indica así que una tendencia interpretativa indica que la confusión no da lugar a la extinción de la obligación sino que tan sólo produce una parálisis de la acción del acreedor<sup>175</sup>. Por contraposición a la otra tentativa interpretativa que indica que el efecto extintivo se debe a la contraposición de situaciones en una misma relación; se trata de dos cualidades que se destruyen mutuamente<sup>176</sup>.

Pero ante tal elenco de autorizadas opiniones doctrinales pareciera impracticable intentar construir una teoría general de la confusión<sup>177</sup>. Ello no obstante el carácter *ipso iure* que la doctrina extranjera le adjudica como forma de extinción de las obligaciones<sup>178</sup>, pues en otros países existe disposición que indica que opera de pleno derecho<sup>179</sup>.

#### 4.3. *Casos de confusión*

Propicia la confusión todo hecho por el que se verifique una sucesión a título universal y a título particular<sup>180</sup>. Ocurre generalmente en los casos de sucesiones a título universal (ej. heredero)<sup>181</sup> no aceptada a beneficio de inventario<sup>182</sup> o donde no medie la separación de patrimonios<sup>183</sup> y en las sucesiones a título particular (ej. cesión de crédito). Se alude así a las causas *mortis causa e inter vivos*<sup>184</sup>.

“La confusión se produce ordinariamente por acto *mortis causa*: así la adquisición de una herencia respecto de cuya causante el heredero era acreedor o deudor; pero puede producirse también por acto *inter vivos*, por ejemplo, porque el deudor compra su crédito o porque la titularidad

<sup>174</sup> JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 481.

<sup>175</sup> ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>178</sup> ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 312

<sup>179</sup> ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, p. 668.

<sup>180</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 92; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 354 y 355; MÉLICH ORSINI, *Modos...*, pp. 207 y 208.

<sup>181</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 387.

<sup>182</sup> La confusión se produce en el caso de la aceptación pura y simple. Pues en el supuesto de la aceptación a beneficio de inventario no se produce la confusión entre el patrimonio del heredero y el de su causante. Según se dispone en el artículo 1036 CC.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 388, la confusión supone que los derechos del acreedor y deudor se han confundido realmente. El patrimonio del difunto permanece separado del heredero en caso de que éste haya aceptado a beneficio de inventario y cuando los acreedores del *de cuius* se valen de la separación de patrimonios.

<sup>184</sup> Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, pp. 68-80.

de un crédito contra sí mismo resulta de la adquisición de una situación o posición jurídica que comprendiese dicho crédito”<sup>185</sup>.

La confusión no opera en el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario, porque dicho beneficio precisamente evita la confusión entre el patrimonio del causante y del heredero beneficiario<sup>186</sup>.

#### 4.4. Elementos de la confusión<sup>187</sup>

Se precisa a los efectos de que opere la figura:

- 4.4.1. La existencia de una relación obligatoria.
- 4.4.2. Reunión de cualidades de acreedor y deudor en una misma persona.
- 4.4.3. Que ocurra entre acreedor y deudor principal.

#### 4.5. Efectos de la confusión<sup>188</sup>

Con la confusión la obligación se extingue, así como sus accesorios o garantías (reales o personales). Bien sea total o parcialmente, esto último cuando recaiga sobre parte de la obligación. Se habla también de confusión parcial, en caso por ejemplo, de sucesión de varios herederos o en el supuesto de una deuda solidaria<sup>189</sup>.

Según el artículo 1343 CC: “*La confusión que se efectúa en la persona del deudor principal aprovecha a los fiadores. La que se efectúa en la persona del fiador, no envuelve la extinción de la obligación principal*”.

Si la obligación es solidaria se extingue solo por la parte correspondiente. Al efecto, indica el artículo 1232 CC: “*La confusión liberta a los otros codeudores por la parte que corresponda a aquél en quien se hayan reunido las cualidades de acreedor y deudor*”.

Si la obligación es indivisible la confusión ocurrida con uno de los acreedores o deudores deja a los otros el derecho de pedir la totalidad de la obligación o de pagarla, salvo la indemnización al deudor<sup>190</sup>. Algunos afirman que la confusión más que extinguir la deuda la vuelve irrealizable por recaer en la misma persona las cualidades de deudor y acreedor. Y

<sup>185</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 149.

<sup>186</sup> Véase: CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 569.

<sup>187</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 355; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 777 y 778; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 95.

<sup>188</sup> Véase: ABRIL CAMPOY, *ob. cit.*, pp. 80-111; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 93; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 355 y 356; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 778.

<sup>189</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 389, la *confusión especial* acontece cuando se reúne en la misma persona varios créditos y deudas; MÉLICH ORSINI, José: *Modos...*, p. 218, puede tener aplicación total o parcial, si opera sobre la integridad de la obligación o solo alcanza una fracción de esta.

<sup>190</sup> Explicaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que si la obligación es indivisible, la confusión ocurrida en uno de los acreedores o de los deudores, deja a los otros acreedores la facultad de exigirla o los otros deudores el deber de pagar la obligación salvo la indemnización debida al deudor en cuya persona se produjo la confusión.

excepcionalmente la deuda pudiera renacer si la coincidencia temporal de tales cualidades se perdiera<sup>191</sup>.

## 5. Prescripción<sup>192</sup>

### 5.1. Generalidades

La prescripción en un sentido amplio es la “pérdida o adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo”<sup>193</sup>. La prescripción *adquisitiva* o *usucapión* supone la adquisición de un bien o derecho por el transcurso del tiempo bajo las condiciones de ley; constituye una de las formas de adquisición de la propiedad. La prescripción *extintiva* por contrapartida es un medio de liberarse de una obligación o la pérdida de un derecho para su titular, por el transcurso de tiempo<sup>194</sup>. La extintiva tiene un alcance mayor que la adquisitiva pues aplica a acciones personales mientras que la adquisitiva aplica a derechos reales<sup>195</sup>.

Se afirma que la prescripción extintiva –que es la que nos interesa en el ámbito de las Obligaciones– puede definirse como la pérdida del derecho subjetivo por efecto de la inercia o el no uso de parte del titular por un período de tiempo determinado por la ley<sup>196</sup>. El CC trata la figura en el Libro Tercero del último Título, a saber, el Título 24, a partir del artículo 1952. Se le ha criticado al código sustantivo la regulación conjunta de la prescripción adquisitiva y de la prescripción extintiva, por tratarse de figuras sustancialmente diferentes<sup>197</sup>.

<sup>191</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 142.

<sup>192</sup> Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La prescripción extintiva y la caducidad*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002; MÉLICH ORSINI, José: *La interrupción de la prescripción*. En: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, Tomo II, pp. 107-150; ARROYO AMAYUELLAS, Esther: *Efectos de la prescripción extintiva*. En: La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Valencia-España, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 235-318; RODRÍGUEZ, Claudia B. y José Luis AMADEO: *La prescripción según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 357-370; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 97-134; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 377-381; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 299-329; *La prescripción: doctrina, legislación y jurisprudencia* (autores varios). Caracas, Ediciones Fabretón, 1982; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1072-1114; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 406-442; PULIDO MENDEZ, Víctor: *La prescripción de las acciones derivadas del cheque*. En: Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Coord. Alfredo Morles e Irene de Valera, Vol. II, pp. 1747-1795.

<sup>193</sup> Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm> “La prescripción, es una vieja institución heredada, desde tiempos inmemorables, por el Derecho Civil, es propia del denominado Derecho Común que, consiste en adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el paso de determinado tiempo y dada, ciertas circunstancias estipuladas por la Ley”.

<sup>194</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 132.

<sup>195</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 358.

<sup>196</sup> *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 218.

<sup>197</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* En un futuro la prescripción adquisitiva debería integrarse a las normas relativas a la posesión y las de prescripción extintiva ubicarlas en un parte general que fuera aplicable tanto al derecho de crédito como al derecho real.

La palabra “prescripción” deriva de *prae-scriptio*, de limitación temporal en el Derecho Romano. Llegándose a identificar con excepción de extinción de derecho por causa de la tardanza en la demanda<sup>198</sup>. Dispone el artículo 1952 del CC: “*La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la Ley*”.

A tal definición se le objeta que no especifica los requisitos de ley; que limita la prescripción extintiva a los derechos de obligaciones cuando es una figura predicable respecto de los derechos reales limitados (CC arts. 619, 631, 752, 1908 y 1977). Se acota que el objeto de la prescripción extintiva es el derecho subjetivo, pues pretender que se trata de la acción habría que acotar que no hay derecho si no se tiene la posibilidad de ejercerlo mediante un acción; quien tiene el derecho tiene la acción, quien no tiene la acción es porque no tiene el derecho<sup>199</sup>.

### 5.2. Naturaleza

Tradicionalmente se ubica entre los modos de extinción de las obligaciones<sup>200</sup>, aunque el Código Civil no la trata sistemáticamente dentro de estos sino a partir de los artículos 1952 y siguientes. Para algunos la prescripción extintiva en materia de obligaciones *no extingue* propiamente la obligación sino que confiere al deudor demandado una defensa de fondo; en todo caso de pagarse o cumplirse la obligación prescrita no cabe alegar pago de lo indebido porque se trata de una obligación natural<sup>201</sup>. Se afirma así que la prescripción no extingue la obligación sino la acción, dejando subsistente una obligación natural<sup>202</sup>.

Razón por la que Moisset acertadamente la percibe como una forma de extinción muy diferente a los demás<sup>203</sup>. “La hostilidad contra la prescripción extintiva ha venido de un escrúpulo moral” pero pese a ello se encuentra en todas las legislaciones, quedando su alegación a la conciencia de cada quien<sup>204</sup>.

<sup>198</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 9.

<sup>199</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, propone la siguiente definición; es un modo o medio por el cual mediante el transcurso del tiempo se extingue un derecho subjetivo capaz de ejercicio reiterado por efecto de la falta de ejercicio. Hay derechos imprescriptibles como los de la personalidad, los de familia, las acciones de estado, el derecho de propiedad, los derechos facultativos, la petición de herencia (aunque sí los derechos en la herencia contenidos), la división de la comunidad, el registro de un documento, así como la excepción de anulabilidad a tenor del artículo 1346 CC.

<sup>200</sup> Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm> “La prescripción, es pues un medio de extinción de las obligaciones así como un medio para adquirir un derecho, lo que ha llevado a la doctrina especializada en la materia, a clasificar esta institución, según el derecho que se adquiere o la obligación que se extingue, en prescripción extintiva y adquisitiva”.

<sup>201</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 132; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 98 y 99. Véase *supra* tema 4.

<sup>202</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 406; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 386.

<sup>203</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 163.

<sup>204</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 14.

Lete indica que “la prescripción no da lugar a la extinción de la relación obligatoria, sino que únicamente permite al deudor ampararse en ella, alegarla y no cumplir con su deber de prestación”<sup>205</sup>.

### 5.3. *Fundamento*

La figura se justifica por razones de *orden público*<sup>206</sup> y *seguridad jurídica*, pues de no existir la misma las relaciones obligatorias quedarían en una suerte de perpetuidad contraria a su naturaleza y dificultándose la prueba de su liberación. De allí que tiende al orden social pues no deben ampararse los derechos de manera indefinida cuando su titular no los ejercita por largo tiempo<sup>207</sup>. Constituye adicionalmente una sanción para el acreedor negligente<sup>208</sup>. De allí que la paz social impone evitar discusiones sobre títulos que se han perdido o cuya memoria se ha borrado<sup>209</sup>.

Amén de su utilidad pública también podría fundamentarse en una presunción de renuncia al derecho<sup>210</sup>. Aunque algunos consideran superada tal tesis, pues en todo caso el deseo de la ley es que haya coincidencia entre las relaciones jurídicas y las relaciones de hecho<sup>211</sup>. La prescripción tiene una génesis muy sencilla, cual es, la contrariedad a las leyes de la lógica y de los derechos elementales y fundamentales del hombre, el subyugamiento indefinido a nuestras obligaciones. Es por ello que, incluso, prescriben las acciones del Estado para perseguir un hecho punible, tal como el homicidio<sup>212</sup>.

En definitiva, si la obligación es por esencia “*transitoria*”, la relación obligatoria no puede reclamarse indefinidamente si el acreedor no ha mantenido activo su derecho respecto del deudor. La seguridad jurídica reclama que las relaciones obligatorias no permanezcan activas eternamente ante la inercia del acreedor y el transcurso de tiempo. El orden público y el interés social permiten que la figura se erija como una necesidad para el Derecho. Sería absurdo tener que resguardar la prueba de las obligaciones perpetuamente. La prescripción evidencia la relevancia del tiempo para el orden jurídico.

<sup>205</sup> LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>206</sup> Véase: MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 411, de todas las instituciones del Derecho Civil la prescripción es la más necesaria para el orden social; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 100.

<sup>207</sup> SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 123; TSJ/SConst., Sent. 854 del 17-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179658-854-17715-2015-15-0325.HTML>.

<sup>208</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 16.

<sup>209</sup> PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 726.

<sup>210</sup> RODRÍGUEZ y AMADEO, *ob. cit.*, p. 15, su finalidad reside en la conveniencia general de concluir situaciones inestables y dar seguridad y firmeza a los derechos.

<sup>211</sup> LAGRANGE, *Apuntes...* Lagrange sin embargo, señala que ha sido superada la teoría subjetiva basada en la presunción de abandono.

<sup>212</sup> Véase: Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm>.

#### 5.4. Caracteres<sup>213</sup>

5.4.1. No opera de derecho: Dispone el artículo 1956: “*El Juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta*”. Por lo que la prescripción no es apreciable de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada por quien pretende beneficiarse de ella<sup>214</sup>. Pues se agrega que el riesgo de error judicial podría ser elevado pues mal podría el Juzgador estar en condiciones de apreciar los avatares que aquella haya sufrido<sup>215</sup>. El efecto extintivo de la prescripción sólo se produce una vez alegada y apreciada judicialmente<sup>216</sup>.

5.4.2. Es irrenunciable anticipadamente: Por ser de *orden público*<sup>217</sup> la figura en general (no en el mismo sentido que la caducidad) no se puede renunciar por anticipado, a diferencia de lo que acontece respecto de la compensación<sup>218</sup>.

Dispone el artículo 1954: “*No se puede renunciar a la prescripción sino después de adquirida*”. Esto es, se puede renunciar a la prescripción a *posteriori*, una vez consumada en el sentido de no oponerla. Es el caso del deudor que contesta el fondo de la demanda y no opone la defensa de la prescripción. Pero mal puede renunciarse a ella por anticipado pues en razón de la norma indicada no es posible considerar que podría entrar en aplicación la autonomía de la voluntad. Vale recordar que la figura tiene entre su fundamento el orden público y la seguridad jurídica.

“Está prohibida, pues, la renuncia anticipada de la prescripción, porque está interesado el orden público”, que busca la seguridad y estabilidad jurídica. Es la aplicación del mismo sistema que aplica a la renuncia de los derechos en general, se puede renunciar a todo aquello en que esté en juego un interés individual<sup>219</sup>. Si estuviere permitida la renuncia anticipada de la prescripción –como acontece con la compensación– se convertiría en una cláusula de estilo que derogaría la figura.

Prevé el artículo 1957 CC: “*La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita. La tácita resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer uso de la prescripción*”. Esa renuncia ya sea expresa o tácita es pues posterior a la consumación de la prescripción.

---

<sup>213</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 359 y 360.

<sup>214</sup> Véase: ARROYO AMAYUELLAS, *ob. cit.*, pp. 244-252; RODRÍGUEZ Y AMADEO, *ob. cit.*, p. 16; Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de Caracas, Sent. 26-3-09, Exp. 1471, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/marzo/2099-26-1471-1543.htm> “el Código Civil prohíbe a los órganos correspondientes, declarar la prescripción de oficio, pues esta es una excepción que debe oponer aquél que pretende beneficiarse de ella, contra el ejercicio de la acción del acreedor”.

<sup>215</sup> ARROYO AMAYUELLAS, *ob. cit.*, p. 248.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 250, su alegato extraprocesal precisa de prueba por parte del deudor, que de seguro precisará del examen del Juzgador en el curso del proceso.

<sup>217</sup> Véase: RODRÍGUEZ Y AMADEO, *ob. cit.*, p.15, la prescripción es una institución de orden público.

<sup>218</sup> Véase: CC, art. 1335, ord. 4.

<sup>219</sup> MOISSET DE ESPANES, *ob. cit.*, T. III, p. 169.

Cabe citar también el artículo 1958 *eiusdem*: “Los acreedores o cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, pueden oponerla, aunque el deudor o el propietario renuncien a ella”. La prueba de la prescripción corresponde al que la alega<sup>220</sup>.

5.4.3. *No requiere de la buena fe*: A diferencia de algunas especies de prescripción adquisitiva, la prescripción extintiva no precisa de buena fe de quien se beneficia de ella, pues el transcurrir del tiempo opera o es ajeno a tal concepto.

5.4.4. *Se hace valer generalmente por vía de excepción pero es alegable excepcionalmente por vía de acción*: La figura generalmente funciona como defensa de fondo o de mérito del deudor demandado<sup>221</sup>, según se evidencia de los artículos 1956, 1958 y 1984 CC. Pero luego de admitirse que normalmente la prescripción es opuesta por vía de excepción, se concluye que no hay razón para excluir que ella pueda ser objeto de una acción merodeclarativa con base al artículo 16 del CPC<sup>222</sup>. Así lo evidencia la praxis tribunalicia refleja acciones merodeclarativas de prescripción extintiva<sup>223</sup> (por ejemplo, a los fines de la liberación de hipoteca).

En el ordenamiento español igualmente se admite que la eficacia natural defensiva de la prescripción no excluye la eficacia ofensiva que el deudor también puede hacer valer por vía de acción en un juicio declarativo<sup>224</sup>.

## 5.5. Condiciones<sup>225</sup>

5.5.1. *Inercia del acreedor*: La inercia del acreedor supone la necesidad de exigir el cumplimiento al deudor o también la posibilidad de ejercer efectivamente la acción contra éste. Y no obstante, el acreedor no ejecuta dicha exigencia o acción<sup>226</sup>.

<sup>220</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 46.

<sup>221</sup> Véase: Juzgado del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 25-4-08, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1987-25-FP02-T-2008-000010-PJ0242008000032.html>.

<sup>222</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 45.

<sup>223</sup> Véase entre otras: Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 28-11-13, Exp. AP71-R-2013-000602/ 6.526 <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2013/NOVIEMBRE/2147-28-AP71-R-2013-000602-6.526-23.HTML>; Juzgado de los Municipios Manuel Ezequiel Bruzual y Francisco del Carmen Carvajal de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 15-1-08, Exp. CC-240-2006 <http://anzoategui.tsj.gov.ve/DECISIONES/2008/ENERO/1096-15-CC-240-2006-052.HTML>; Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas, en Los Cortijos, Sent. 22-3-10, Exp. AP31-V-2007-001720, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2010/MARZO/2170-22-AP31V2007001720-.HTML>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 17-3-10, Exp. FP02-V-2009-002100, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/marzo/1973-17-FP02-V-2009-002100-PJ0182010000109.html>.

<sup>224</sup> ARROYO AMAYUELLAS, *ob. cit.*, p. 268, que pudiera servir para solicitar la devolución del bien garantizado, pedir la cancelación registral de la hipoteca.

<sup>225</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 101-130; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 360-368.

<sup>226</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 360.

En las posibilidades de ejercer la acción se estudia la **suspensión**<sup>227</sup> de la prescripción.

Dispone el artículo 1964: “*No corre la prescripción:*

1º. *Entre cónyuges.*

2º. *Entre la persona que ejerce la patria potestad y la que está sometida a ella.*

3º. *Entre el menor o el entredicho y su tutor, mientras no haya cesado la tutela, ni se hayan rendido y aprobado definitivamente las cuentas de su administración.*

4º. *Entre el menor emancipado y el mayor provisto de curador, por una parte, y el curador por la otra.*

5º. *Entre el heredero y la herencia aceptada a beneficio de inventario.*

6º. *Entre las personas que por la Ley están sometidas a la administración de otras personas, y aquéllas que ejercen la administración”.*

Agrega el artículo 1965 del CC que: “*No corre tampoco la prescripción:*

1º. *Contra los menores no emancipados ni contra los entredichos.*

2º. *Respecto de los derechos condicionales, mientras la condición no esté cumplida.*

3º. *Respecto de los bienes hipotecados por el marido para la ejecución de las convenciones matrimoniales, mientras dure el matrimonio.*

4º. *Respecto de cualquiera otra acción cuyo ejercicio esté suspendido por un plazo, mientras no haya expirado el plazo.*

5º. *Respecto a la acción de saneamiento, mientras no se haya verificado la evicción”.*

Hay dos categorías o clases de causas de suspensión; unas relacionadas con la condición especial del titular del derecho (ordinal 2, 3, art. 1965 CC) y las que se fundan en la especial relación que liga al titular del derecho con la persona obligada (1964 y 1985 CC). Las causas de suspensión son *taxativas* y no se admite la analogía<sup>228</sup>, toda vez que se afirma que la prescripción y la caducidad son objeto de interpretación estricta por tratarse de instituciones de orden público asociadas a la seguridad jurídica<sup>229</sup>. Otros más bien promueven que como tales instituciones suponen la pérdida del derecho, más bien ha de ser objeto de interpretación restrictiva<sup>230</sup>. Pero cabe recordar

<sup>227</sup> Véase: UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho Civil*. Granada, Comares, 1997, pp. 184 y ss.

<sup>228</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>229</sup> Véase: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira: *Entre la seguridad y la justicia: el juego de la interpretación, y de la analogía, en materia de prescripción y caducidad*. En: *La prescripción extintiva*. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Valencia-España, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 416-420.

<sup>230</sup> Véase: *ibid.*, p. 437. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ y AMADEO, *ob. cit.*, p. 16, debe ser interpretado restrictivamente y con suma prudencia en cuanto tiende a la pérdida de las acciones.



que respecto de las normas de excepción está excluida la “analogía”, más no necesariamente la interpretación extensiva, que configura un supuesto de interpretación y no de integración<sup>231</sup>. Se afirma que señalar que la prescripción corre contra todos, no significa que corra en todos los supuestos sin excepción alguna y sin posibilidad de suspender su transcurso<sup>232</sup>.

Las anteriores causas de suspensión tienen diversos fundamentos: la naturaleza del objeto y las modalidades del crédito, tales como la suspensión de los créditos a término, la condición suspensiva y la acción de saneamiento, pues la prescripción solo ocurría después de haber operado la evicción. Las que obedecen a ciertas cualidades del deudor o las especiales relaciones entre acreedor y deudor (menores no emancipados)<sup>233</sup>.

*Efectos de la suspensión:* la figura impide que la prescripción continúe corriendo, pero no suprime el lapso de prescripción ocurrido antes de la causal. “La suspensión de la prescripción alude al no curso del término de prescripción, bien por causa existente en el momento en que tal término debía haber comenzado a correr, bien por una causa sobrevenida cuando ya el término había comenzado a correr”<sup>234</sup>. De tal suerte que la suspensión inutiliza para la prescripción el tiempo para el cual ella ha durado pero aprovecha el tiempo anterior o posterior a ella<sup>235</sup>. Para algunos la interrupción supone una inercia injustificada del titular en tanto que la suspensión una inercia justificada por una particular situación prevista en la ley<sup>236</sup>. Una causa de suspensión impide que el lapso de prescripción comience a correr por causa inherentes a las personas de la relación jurídica y al cesar la causa, el lapso se reanuda y el tiempo que hubiera transcurrido antes de sobrevenir la causa de suspensión se añade al tiempo que transcurrirá después de que esa causa de suspensión cese. De modo que hay como un “*paréntesis*” correspondiente al tiempo que dure la causa<sup>237</sup>.

La **interrupción**: Distinta a la suspensión, se presenta la “interrupción”, en la que el ejercicio de la acción o la voluntad de ejercer el derecho interrumpe o corta la prescripción, esto es borra, destruye o inutiliza el tiempo transcurrido, teniendo que empezar a correr de nuevo (empezar desde cero)<sup>238</sup>.

<sup>231</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 494-497.

<sup>232</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>233</sup> MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 361 y 362.

<sup>234</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 105.

<sup>235</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T. III, p. 185.

<sup>236</sup> *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 221.

<sup>237</sup> Véase: BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 389, representa un compás de espera en el curso del plazo; no borra el lapso transcurrido, solamente lo enerva o congela impidiendo su continuación.

<sup>238</sup> MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III. Véase también: MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *Interrupción y suspensión. Sus distintos fundamentos*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

La interrupción se asocia a toda actividad oportunamente realizada por un sujeto legitimado para ello, que manifiesta de forma expresa o tácita, la inequívoca voluntad de ejercitar su derecho, impidiendo la prescripción e inutilizando el tiempo transcurrido para la misma<sup>239</sup>. En la interrupción el lapso de prescripción no se reanuda porque el tiempo anterior al acto interrumpido se pierde y no se adiciona al tiempo anterior. Puede ser civil o natural, la primera se refiere tanto a la extintiva como a la adquisitiva, la natural solo esta última.

Refiere el artículo 1967 del CC: *“La prescripción se interrumpe natural o civilmente”*<sup>240</sup>. La prescripción natural no es aplicable al Derecho de Obligaciones<sup>241</sup>. Refiere Mélich *“interrumpir la prescripción es hacer inútil el tiempo que haya transcurrido para el cumplimiento del lapso de prescripción previsto para la extinción del respectivo derecho”*<sup>242</sup>. El acto interruptivo ha de ser oportunamente realizado. Para ello es necesario que el acto productor de los efectos interruptivos se haya realizado dentro del plazo marcado por la ley. Es decir, una vez que se haya iniciado su cómputo, pero con anterioridad a la consumación por el transcurso del plazo legalmente establecido<sup>243</sup>. *“El acto interruptivo de la prescripción debe producirse antes de completarse el cómputo, no después. Una vez ganada o completado el cómputo, resulta inefectivo interrumpir por el acreedor, solo cabe la renuncia por el deudor, de conformidad con el art. 1957 del Código Civil”*.<sup>244</sup>

Causas de interrupción<sup>245</sup>: Están referidas en el artículo 1969 del CC: *“Se interrumpe civilmente en virtud de una demanda judicial, aunque se haga ante un Juez incompetente, de un decreto o de un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción, o de cualquiera otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación. Si se trata de prescripción de créditos, basta el cobro extrajudicial”*<sup>246</sup>. *Para que la demanda judicial produzca interrupción, deberá registrarse en la Oficina correspondiente, antes de expirar el lapso de la prescripción, copia certificada del libelo con la orden de comparecencia del demandado,*

---

<sup>239</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>240</sup> Agrega el 1968 CC: *“Hay interrupción natural, cuando por cualquiera causa deje de estar el poseedor en el goce de la cosa por más de un año”*.

<sup>241</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>242</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 121.

<sup>243</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 138, es necesario que el plazo de prescripción extintiva no se haya consumado, puesto que transcurrido éste no puede producirse ya interrupción.

<sup>244</sup> Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-11-09, Exp. AP31-M-2008-000252 <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/noviembre/2153-18-AP31M2008000252-.html>.

<sup>245</sup> Véase: UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 153 y ss.

<sup>246</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000460 de 5-10-11, el correo electrónico vale como documento privado o fotocopia, esto es, debe ser impugnado si se opone.

*autorizada por el Juez<sup>247</sup>; a menos que se haya efectuado la citación del demandado dentro de dicho lapso”.*

De tal suerte que la interrupción de la prescripción opera extrajudicial o judicialmente. La primera mediante cualquier acto que acredite el \**“cobro extrajudicial”*. La interrupción judicial puede acontecer mediante el \**“registro”* de la demanda, del auto de admisión y de la orden de comparecencia, así como también puede interrumpirse mediante la \**“citación”* del demandado. Se agrega un decreto, o un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción, o de cualquiera otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación. Puede acontecer ante un Juez incompetente.

En efecto señala el artículo 1979 CC *“Para interrumpir la prescripción, la demanda judicial puede intentarse contra un tercero a efecto de hacer declarar la existencia del derecho, aunque esté suspenso por un plazo o por una condición”*.

El Artículo 1971 CC dispone: *“El registro por sí solo no interrumpe la prescripción de la hipoteca”*.

Finalmente prevé el artículo 1972 CC: *“La citación judicial se considerará como no hecha y no causará interrupción: 1º. Si el acreedor desistiere de la demanda, o dejare extinguir la instancia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. 2º. Si el deudor demandado fuere absuelto en la demanda”*.

De tal suerte que respecto a los actos que logran interrumpir la prescripción, cabe decir que salvo las formalidades previstas para los derechos reales, respecto de los créditos *basta el cobro extrajudicial*, es decir, cualquier acto que sea capaz de poner en mora al deudor. Se indica que puede ser verbal o escrito pero éste último conviene a los efectos probatorios. No se precisa cobro por medio del Juez<sup>248</sup>.

Dice Mélich que no cabe duda que *“cualquier requerimiento u acto equivalente, en el sentido de nuestro artículo 1269 CC interrumpe el curso de la prescripción”*<sup>249</sup>. Y refiere que *“nuestra jurisprudencia ha considerado que la interrupción de la prescripción se produce aun antes de toda citación personal del deudor o del registro de la demanda, desde que resulta comprobado que el deudor ha tenido conocimiento cierto de la voluntad del acreedor de no abandonar su derecho”*, pero considera que dicha postura

<sup>247</sup> Indicaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que refiere la jurisprudencia que a los fines de producir la interrupción de la prescripción; se precisa registrar copia certificada que contenga libelo, orden de comparecencia, solicitud que haga al Juez la parte demandante para que se expida la copia y el auto del tribunal en el cual se ordena la expedición de la copia. El acto de registro tendría una eficacia interruptiva instantánea y al día siguiente del registro comenzaría a correr un nuevo lapso de prescripción.

<sup>248</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>249</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 139.

es contraria a la idea que la interrupción precisa un acto notificado<sup>250</sup>. Pero según indicamos, el cobro extrajudicial no precisa formalidad alguna según la norma, mientras sea susceptible de prueba.

En materia de cobro extrajudicial refiere que igualmente la jurisprudencia considera que para interrumpir prescripción basta utilizar cualquier medio de prueba que demuestre que se ha exigido su pago antes de la consumación de la prescripción<sup>251</sup>. De la norma bajo examen se deriva que a falta de cobro extrajudicial para que la demanda interrumpa la prescripción debe ser “registrada” con el respectivo auto de admisión y orden de comparecencia, *no bastando la simple interposición o presentación*, no obstante que alguna decisión haya dejado entrever lo contrario<sup>252</sup>.

También se interrumpe por el reconocimiento del deudor<sup>253</sup>, según el artículo 1973 del CC: *“La prescripción se interrumpe también civilmente, cuando el deudor o el poseedor reconocen el derecho de aquél contra quien ella había comenzado a correr”*. De tal suerte que el reconocimiento del deudor de la deuda también interrumpe la prescripción<sup>254</sup>. Puede tratarse de un acto directo o expreso así como tácito. Vale citar como ejemplo un comienzo de ejecución de la obligación, un pago parcial, pago de intereses, una delegación de deuda, solicitud de plazo mayor, discutir el monto de la deuda, otorgar una garantía, una promesa de pago, una liquidación de cuenta. La posición mayoritaria señala que dicho reconocimiento debe

<sup>250</sup> Véase: *ibid.*, p. 141, con inclusión de nota 403.

<sup>251</sup> *ibid.*, p. 143, incluyendo nota 408; Juzgado Sexto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-11-09, Exp. AP31-M-2008-000252 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/noviembre/2153-18-AP31M2008000252.html> las citaciones “no aparecen recibidas por el demandado, lo que le restaría eficacia, las mismas no contienen ninguna interpelación que se asimile a una gestión de cobranza extrajudicial; que pongan al deudor en mora de cumplir su obligación; ya que se limitan a citarlo para “tratar asunto de interés legal”. Y si la interpelación al deudor no contiene la sustancia de lo que se interpela, no surte efecto para ponerlo en mora de cumplir, que es requisito indispensable para que se produzca la interrupción del curso de la prescripción, de acuerdo con el art. 1969 del Código Civil. Además —aún tomándolas en cuenta, a pesar de lo antes dicho— las tales citaciones de la Clínica Jurídica se habría producido después de ganada la prescripción decenal”; TSJ/SCC, Sent. 12-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 500 y 501, a propósito de la prescripción prevista en materia de transporte aéreo se consideró que no se interrumpió la prescripción pues la citación del defensor judicial resultó nula, no se registró la demanda durante dicho lapso copia certificada debidamente autorizada por el Juez del libelo de demanda con la orden de comparecencia del demandado.

<sup>252</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000682, Sent. 19-11-13 “...En ese sentido, la Sala procedió a verificar las actas que conforman el expediente, y se precisó que la fecha en que *se suscribió el contrato de compraventa con pacto de retracto, fue el 8 de julio de 1998 y la acción fue interpuesta en fecha 30 de junio 2008, es decir, faltaban exactamente ocho (8) días para que prescribiera la acción, quiere decir que sí hubo interrupción de la prescripción*, razón por la cual el juez de alzada debía pronunciarse sobre el resto de la controversia y declarar sin lugar el alegato de la prescripción”.

<sup>253</sup> Véase: UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 176-180. Véase también: ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada, Comares, 1987; GETE-ALONSO, Carmen: *El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial*. Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>254</sup> Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 271 del 2-5-07, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/RC-00271-020507-06741.HTM>; RODRÍGUEZ y AMADEO, *ob. cit.*, p. 65, el reconocimiento de una obligación puede ser expreso o tácito e interrumpe la prescripción.

hacerlo el deudor frente al acreedor pero hay quien acepta que pueda ser hecho ante un tercero<sup>255</sup>.

Y la interrupción aprovecha al fiador por ser accesorio, a tenor del artículo 1974 CC: “*La notificación de un acto de interrupción al deudor principal, o el reconocimiento que él haga del derecho, interrumpen la prescripción respecto del fiador*”.

Vale tener en cuenta los artículos 1228 y 1249 del CC. Art. 1228: “*Las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción que existan respecto a uno de los deudores solidarios, no pueden ser invocadas contra otros. Sin embargo, el deudor que haya sido obligado a pagar, conserva su acción contra sus codeudores, aun cuando hayan sido liberadas por la prescripción*”. Y el 1249 CC: “*Todo acto que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los otros. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no aprovecha a los otros*”.

El efecto interruptivo de la prescripción no se extiende de persona a persona, salvo el caso del fiador (1974 CC); respecto del acreedor solidario aprovecha a los otros (CC, 1249); pero en materia de solidaridad pasiva no perjudica a los demás deudores (1228 CC).

5.5.2. *Trascurso del tiempo fijado por la ley*: El tiempo que precisa la figura lo fija necesariamente la ley. La doctrina distingue las prescripciones ordinarias o largas de las prescripciones breves o cortas. Las primeras a su vez se subclasifican en de carácter real y de carácter personal.

Refería LAGRANGE que “el término de la prescripción siempre es un lapso de tiempo. Es un absurdo referirse a una prescripción instantánea”. El lapso de prescripción comienza a correr el día en que el derecho subjetivo pudo ser hecho valer. Se alude en tal sentido a las causas “impeditivas” de la prescripción como circunstancias objetivas inherentes al derecho mismo que hacen imposible la consumación del tiempo. Estas son según el CC la condición suspensiva y el término suspensivo, porque en tales casos el derecho todavía no existe. Si la condición es resolutoria, la prescripción si puede comenzar a correr, porque entonces lo incierto es que el derecho llegue a extinguirse, de conformidad con el artículo 1965 CC en sus ordinales 2, 4 y 5<sup>256</sup>. El lapso de prescripción comienza a computarse o contarse a partir del momento del incumplimiento<sup>257</sup>, esto es, “a partir del día del cual puede ser ejercitada la acción por el acreedor<sup>258</sup>”.

<sup>255</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>256</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>257</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 21-4-08, Exp. 29.169, <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/516-21-29169-464.HTML>.

<sup>258</sup> TSJ/SCC, Sent. N° 20251 del 20-3-08, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/R.C.%20251%20030800%2000-037.HTM> existiendo un plazo mayor de dos años para el cumplimiento voluntario de la obligación establecida, debe tomarse éste como el de mayor beneficio para el deudor, de acuerdo

La doctrina española aclara que para el inicio del cómputo se precisa la posibilidad del ejercicio del derecho. Por lo que a *contrario sensu*, no se iniciará el cómputo si existe imposibilidad real de su ejercicio<sup>259</sup>. Ello a tono con la tutela judicial efectiva<sup>260</sup>.

El presupuesto de la inactividad del titular del derecho no ha pasado desapercibido entre la doctrina que ha pretendido dotar de contenido volitivo el acto de la inercia. Se ha considerado que la inactividad es consecuencia de una ausencia de voluntad o de una voluntad de contenido negativo. Lo cierto es que la inactividad como presupuesto de la prescripción extintiva, despliega eficacia jurídica cuando el titular, estando en condiciones de poder ejercer su derecho (interrupción) no lo hace con independencia de que se presuma su abandono<sup>261</sup>.

\*Prescripción ordinaria: Dispone el artículo 1977 del CC: “*Todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la Ley. La acción que nace de una ejecutoria se prescribe a los veinte años*”<sup>262</sup>, y el derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por diez años”<sup>263</sup>.

Se deduce de lo anterior que el *lapso de prescripción ordinario de las acciones personales es diez (10) años*<sup>264</sup>. Ello se distingue de la prescripción decenal de derechos reales en el artículo 1979 CC<sup>265</sup>.

\*Prescripciones breves (CC, arts. 1980 a 1982).

Por tres (3) años: Dispone el art. 1980 CC: “*Se prescribe por tres años la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos, de los intereses de las cantidades que los devenguen, y en general, de todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos*”.

al citado artículo 1.214 del Código Civil, y en este sentido, el cómputo de la recurrida a los efectos de la interrupción de la prescripción es correcto.

<sup>259</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 129-131.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 345.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>262</sup> Esto se refiere a decir de LAGRANGE (*Apuntes...*) al derecho de hacer ejecutar una decisión judicial. El sujeto favorecido por una sentencia debe solicitarle al Juez su ejecución. Que es una prescripción distinta a la que se hace valer durante el juicio. Es la *actio iudicati* que prescribe a los 20 años.

<sup>263</sup> Indicaba LAGRANGE no verle mucho sentido a la referencia específica del procedimiento de “vía ejecutiva”, toda vez que no se entiende como prescribe el derecho de hacer uso de ese procedimiento sin que a su vez prescriba el derecho de cual se trate, sea cual sea el procedimiento incluyendo el juicio ordinario.

<sup>264</sup> Véase también en materia mercantil: C.Comercio, artículo 132: “*la prescripción ordinaria en materia mercantil se verifica por el transcurso de diez años, salvo los casos para los cuales se establece una prescripción más breve por este Código u otra ley*”.

<sup>265</sup> “*Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar de la fecha del registro del título*”.

Agrega el art. 1981 CC: “*Los abogados, procuradores, patrocinantes y demás defensores quedan libres de la obligación de dar cuenta de los papeles o asuntos en que hubiesen intervenido, tres años después de terminados éstos, o de que aquéllos hayan dejado de intervenir en dichos asuntos; pero puede deferirse juramento a las personas comprendidas en este artículo, para que digan si retienen los papeles o saben dónde se encuentran*”.

Refiere LAGRANGE que la norma debería indicar que “se prescribe por 3 años en general todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos”, tal como ocurre con la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos y los intereses de los capitales que los devenguen; aunque éstos son sólo ejemplos pues la norma tiene un alcance más amplio. El artículo 1980 CC consagra una prescripción breve extintiva de obligaciones que representan frutos de capitales. Lo cual plantea una distinción entre obligaciones de capital y obligaciones de fruto, cuando deban pagarse por año o por plazos periódicos más cortos, en cuyo caso prescriben a los tres años. Sin embargo, no todo lo que se paga por plazos o cuotas prescribe a los 3 años como sería el caso de una compraventa a plazos que es una obligación de capital. Ahora bien, un préstamo de una cantidad de dinero al 12% de interés anual, supone que la obligación de pagar intereses es una obligación de fruto porque los intereses son frutos del capital. Y así si uno se obliga a pagar los cánones de arrendamiento prescribe a los tres años pues a tenor del artículo 552<sup>266</sup> CC se trata de una obligación de frutos civiles. Estos últimos se obtienen con ocasión de una cosa, tales como los intereses de los capitales. De allí que se deduce que el artículo 1980 CC se aplica a obligaciones de rédito, a obligaciones de fruto y no simplemente a obligaciones que deban pagarse por año o por plazos periódicos más cortos. Pues las obligaciones de capital en cambio quedan sujetas en principio si la ley no establece un lapso más breve a la prescripción decenal<sup>267</sup>.

De conformidad con el artículo 1982 del CC *se prescribe por dos años la obligación de pagar.*

1º. *Las pensiones alimenticias atrasadas.*

2º. *A los abogados<sup>268</sup>, a los procuradores, y a toda clase de curiales, sus honorarios, derechos, salarios y gastos. El tiempo para estas prescripciones*

<sup>266</sup> “*Los frutos naturales y los frutos civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce. Son frutos naturales los que provienen directamente de la cosa, con o sin industria del hombre, como los granos, las maderas, los partos de los animales y los productos de las minas o canteras. Los frutos civiles son los que se obtienen con ocasión de una cosa, tales como los intereses de los capitales, el canon de las enfiteusis y las pensiones de las rentas vitalicias. Las pensiones de arrendamiento se colocan en la clase de frutos civiles. Los frutos civiles se reputan adquiridos día por día*”.

<sup>267</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>268</sup> Véase fallo que se ordena publicar en Gaceta Judicial por su carácter vinculante: TSJ/SConst., Sent. 854 del 17-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179658-854-17715-2015-15-0325>. HTML “Como se puede observar la norma transcrita tiene como referente y usuario a los abogados, procuradores. ...Se evidencia entonces para esta Sala que en el artículo 1.982 del Código Civil se

*corre desde que haya concluido el proceso por sentencia o conciliación de las partes, o desde la cesación de los poderes del Procurador, o desde que el abogado haya cesado en su ministerio. En cuanto a los pleitos no terminados, el tiempo será de cinco años desde que se hayan devengado los derechos, honorarios, salarios y gastos.*

3º. *A los registradores, los derechos de los instrumentos que autorizaren, corriendo el tiempo para la prescripción desde el día del otorgamiento.*

4º. *A los agentes de negocios, sus salarios; y corre el tiempo desde que los hayan devengado.*

5º. *A los médicos, cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos; corriendo el tiempo desde el suministro de éstos o desde que se hayan hecho aquéllas.*

6º. *A los profesores, maestros y repetidores de ciencias, letras y artes, sus asignaciones.*

7º. *A los ingenieros, arquitectos, agrimensores y liquidadores, sus honorarios; contándose los dos años desde la conclusión de sus trabajos.*

8º. *A los dueños de casas de pensión, o de educación e instrucción de toda especie, el precio de la pensión de sus pensionistas, alumnos o aprendices.*

9º. *A los comerciantes, el precio de las mercancías que vendan a personas que no sean comerciantes.*

10º. *A los Jueces, secretarios, escribientes y alguaciles de los Tribunales, los derechos arancelarios que devenguen en el ejercicio de sus funciones; contándose los dos años desde la ejecución del acto que haya causado el derecho.*

11º. *A los sirvientes, domésticos, jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, jornales o trabajo.*

12º. *A los posaderos y hoteleros, por la comida y habitación que hayan dado”.*

Se agrega el artículo 1986 del CC: *“La acción del propietario o poseedor de la cosa mueble, para recuperar la cosa sustraída o perdida, de conformidad con los artículos 794 y 795, se prescribe por dos años”.*

\*Prescripciones de 5 años, 4 años y 1 año: Mélich refiere prescripciones de cinco años (CC, arts. 888, 952, 1346, 1464, 1469, 1535, 1279 y 1281) y prescripciones de cuatro años (C.Com., arts. 307, 371, 520, 893, 1031) y otras breves de tres años en el C.Com. (479, 487, 576)<sup>269</sup>. Debe tenerse en cuenta su consagración expresa en leyes especiales. Tales como de un año en el C.Com. (arts. 408, 479, 487, 890), Ley de transporte terrestre, etc.<sup>270</sup>.

---

regula específicamente y en forma especial las prescripciones breves en los supuestos citados en la norma tratándose de honorarios profesionales comprendidos también en las costas procesales incluso de los gastos (costas) ocurridos cuando el proceso haya concluido por sentencia...”.

<sup>269</sup> MELICH, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 68-71.

<sup>270</sup> *Ibid.*, pp. 76 y 77.



Dispone a propósito de las prescripciones breves el artículo 1987 CC: “*En las prescripciones no mencionadas en este Título, se observarán las reglas especiales que les conciernen, y las generales sobre prescripción, en cuanto no sean contrarias a aquéllas*”

También se puede citar a propósito del régimen, los artículos 1983 y ss. del CC. Al efecto, indica el artículo 1983: “*En todos los casos del artículo anterior, corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios o trabajos*”.

Agrega el artículo 1984 CC: “*Sin embargo, aquéllos a quienes se opongan estas prescripciones, pueden deferir el juramento a quienes las opongan, para que digan si realmente la deuda se ha extinguido. El juramento puede deferirse a los herederos y a sus tutores, si aquéllos son menores o entredichos, para que digan si saben que la deuda se ha extinguido*”.

Señala el artículo 1985 CC: “*Las prescripciones de que trata esta Sección corren aun contra los menores no emancipados y los entredichos, salvo su recurso contra los tutores*”.

Lagrange se refería a las prescripciones presuntivas o impropias que no producen el efecto liberatorio de la figura sino presunciones de liberación establecidas a favor del deudor, generalmente cuando no queda huella documental del pago. Vale citar los artículos del CC 1982, 1983, “*aun cuando se hayan continuado los servicios o trabajos*”; el artículo 1981<sup>271</sup> CC que debe referirse más bien a abogado pues antiguamente se aludía a procurador; el artículo 1984<sup>272</sup> CC que establece una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada con el juramento. La prescripción presuntiva no excluye la aplicación de la prescripción extintiva ordinaria<sup>273</sup>.

Vale observar como dato curioso que la tendencia en otros ordenamientos, apunta a efectuar reformas legislativas sobre la materia, hacia un acortamiento de estos plazos, y en general a la simplificación del régimen de la prescripción, pues ésta debería ser un elemento de pacificación en las relaciones jurídicas haciéndolas más dinámicas, precisamente por su duración excesiva, la existencias de plazos diferentes y las dudas de interpretación que plantea, ha producido más bien un estancamiento del tráfico jurídico y una fuente abundante de litigios<sup>274</sup>.

<sup>271</sup> “*Los abogados, procuradores, patrocinantes y demás defensores quedan libres de la obligación de dar cuenta de los papeles o asuntos en que hubiesen intervenido, tres años después de terminados éstos, o de que aquéllos hayan dejado de intervenir en dichos asuntos; pero puede deferirse juramento a las personas comprendidas en este artículo, para que digan si retienen los papeles o saben dónde se encuentran*”.

<sup>272</sup> “*Sin embargo, aquéllos a quienes se opongan estas prescripciones, pueden deferir el juramento a quienes las opongan, para que digan si realmente la deuda se ha extinguido. El juramento puede deferirse a los herederos y a sus tutores, si aquéllos son menores o entredichos, para que digan si saben que la deuda se ha extinguido*”.

<sup>273</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*

<sup>274</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y Henar Álvarez Álvarez: *La prescripción en los PECL y en el DCFR*, Indret, Barcelona, 2009, P. 10, [http://www.indret.com/pdf/654\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/654_es.pdf).

5.5.3. *Invocación por parte del interesado*: la prescripción debe ser invocada aunque no precisa fórmula solemne. Recordemos que el juez a diferencia de la caducidad no puede suplirla de oficio (CC, art. 1956).

Puede oponerla el deudor, los acreedores del deudor y cualquier tercero interesado incluso contra la voluntad del deudor (CC, art. 1958: “*Los acreedores o cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, pueden oponerla, aunque el deudor o el propietario renuncien a ella*”). No aplica a los herederos que se tiene por el mismo deudor, pero sí para el codeudor solidario, fiador, causahabiente a título particular y los acreedores del deudor. Se afirma que si el deudor no ha llegado a hacer uso de su derecho a renunciar a la prescripción que le favorecía, el acreedor o el tercero interesado tiene la posibilidad de hacerlo por vía de acción merodeclarativa, en la que tendrá que demandar al deudor y a la parte que se beneficiaría<sup>275</sup>.

La declaratoria de prescripción solo opera para quien la alega como defensa de fondo a su favor, por lo que en caso de varios codemandados, solo favorece a quien la hace valer, inclusive en materia de solidaridad<sup>276</sup>.

#### 5.6. *Renuncia a la prescripción*

Se trata de un acto mediante el cual el deudor manifiesta expresa o tácitamente que no hará uso de la misma una vez consumada.

Dispone el artículo 1957 CC: “*La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita. La tácita resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer uso de la prescripción*”. Cuando es expresa queda sujeta a las mismas reglas que rigen el reconocimiento como causal de interrupción de la prescripción. (CC, art. 1973). Precisa capacidad para disponer del derecho a tenor del artículo 1955 CC: “*Quien no puede enajenar no puede renunciar a la prescripción*”. Sí pueden ejercerla los representantes legales sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar. Recordemos que a tenor del artículo 1954 CC no se puede renunciar por anticipado, a diferencia de la compensación.

---

<sup>275</sup> MELICH, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, p. 53. Véase también: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 367 y 368.

<sup>276</sup> Véase: Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 9-6-14, Exp. 7283, <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/JUNIO/225-9-7283-7283.HTML> “...las causas de interrupción de la prescripción obra individualmente, pues, las que existan respecto a uno de los deudores solidarios no pueden ser invocadas contra los otros, por lo tanto, la interrupción de la prescripción frente a uno de los obligados, no perjudica ni afecta a los otros, ello en virtud de lo establecido en el artículo 1.228 del Código Civil, lo cual significa que la citación de un codemandado no implica la extinción de la prescripción contra los otros, quienes la pueden plantear como una defensa de fondo, pues, el cómputo de la prescripción debe hacerse por separado”; MENESES CHAVARRO, Lucas: *La prescripción extintiva de obligaciones solidarias*. En: Cuadernos de la Maestría en Derecho N° 4, pp. 110, <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion4/la-prescripcion-extintiva.pdf> “La posición de que la prescripción debe ser alegada a instancia de parte... A quien no adujo nada dentro del proceso o su postura es irrelevante”.

### 5.7. Efectos de la prescripción

La obligación que se convierte en natural<sup>277</sup>, pues su pago es válido y no está sujeto a repetición.

### 5.8. La caducidad<sup>278</sup>

También denominada “decadencia de derechos”<sup>279</sup>; pérdida de la acción –para algunos más precisamente de la “pretensión”<sup>280</sup>– por el transcurso fatal e ininterrumpido del tiempo. La doctrina entre sus caracteres coloca que está interesado el orden público, puede ser suplida de oficio, corre fatalmente pues no es susceptible de interrupción o suspensión y corre contra los menores y entredichos. Lo que la diferencia de la prescripción que constituye una defensa de parte y es susceptible de interrupción y suspensión<sup>281</sup>. Mélich la define como la pérdida de una situación jurídica subjetiva activa (derecho en sentido lato) que se verifica por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma para la conservación de tal situación cuando ya se goza de ella, o en caso contrario, si no se tenía, para la adquisición de tal situación<sup>282</sup>.

La caducidad se produce por el tiempo transcurrido en la ley o en el contrato. El CC no menciona la palabra caducidad y por ello a menudo es difícil

<sup>277</sup> Véase: ARROYO AMAYUELLAS, *ob. cit.*, p. 253, el crédito prescrito subsiste, solo que privado de coercibilidad. Véase *supra* tema 4.5.

<sup>278</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 159 ss.; MENDOZA, José Rafael: *Los problemas de la caducidad*. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Vol. 71, N° 129, 1994, pp. 63-77; ZULETA GONZÁLEZ, Atilio: *La caducidad y la prescripción en la legislación venezolana*. En: Revista de la Universidad del Zulia, Vol. 03, N° 11, septiembre 1960, pp. 27-32; BARBOZA RUSSIAN, Henando: *Caducidad legal y contractual en el procedimiento civil venezolano*. En: Cuestiones Jurídicas N° 1, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Ediciones Astro-Data, enero-julio 2007, pp. 29-61; FUENMAYOR G., José Andrés: *La caducidad contractual*. En: *Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país*. Caracas, edit. Texto C.A., 2001, pp. 225-230; BARRETO, Rafael D.: *La caducidad contractual en los contratos de seguros*. En: THEMIS Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, agosto-septiembre-octubre 1994, pp. 11-22; PALACIOS, Leopoldo: *La prescripción y la caducidad en materia de seguros*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 138, 1979, pp. 91-119; BAUMEISTER TOLEDO, Alberto: *Algunas consideraciones sobre la defensa de la caducidad en el seguro*. En: Libro Homenaje a las X Jornadas “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño” Maturín-Edo. Monagas. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, 2000, pp. 217-242; PIZANI RICCI, María Auxiliadora: *La caducidad en el cheque*. En: Revista de la Facultad de Derecho N° 43, UCAB, 1991, pp. 462-465; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, pp. 130-134.

<sup>279</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, es una figura cercana y lejana a la vez de la prescripción. La caducidad supone poner sobre el titular del derecho una carga perentoria de ejercerlo dentro de cierto tiempo; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 393.

<sup>280</sup> Véase: AGUILAR C., Ramón Alfredo: *Consideraciones sobre la caducidad de cobro de prestaciones sociales y de otros derechos patrimoniales de los funcionarios públicos*. Caracas, FUNEDA, 2012, p. 11, nota 8, “es fácil advertir que en realidad debería hablarse técnicamente de caducidad de la <<pretensión>>, pues lo que ley limita no es la acción, en tanto que derecho abstracto y de rango constitucional no es susceptible de tal limitación”; TSJ/SCC, Sent. 00652 del 7-11-03, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00652-071103-01289.HTM> “...existe una concepción ya superada por el derecho procesal, cual es la que confunde la acción, pretensión y derecho sustancial...”.

<sup>281</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 29.

<sup>282</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 159 y 160.

discernir si se trata de ésta o de prescripción. Por lo general el legislador en materia de caducidad utiliza la expresión la acción “se extingue” o “debe ejercerse”<sup>283</sup>. En efecto, se afirma que podría servir de indicio para distinguir la caducidad locuciones que impongan un deber o niegan el ejercicio de un derecho, como “no se admitirá” o “no podrá intentarse”, aunque no cabe quedarse en el término empleado, sino en el espíritu de la norma<sup>284</sup>.

Mendoza destaca la dificultad que reseña la doctrina para distinguir entre prescripción y caducidad<sup>285</sup>. Cita criterio a raíz de sentencia 29-7-65 que indica que cuando legislador no indica que es de prescripción debe entenderse de caducidad<sup>286</sup>, lo que no deja de ser una mera recomendación. Para el autor constituye un lapso de prescripción si se trata de derechos de obligación<sup>287</sup>, y como contrapartida caducidad en caso de derechos potestativos que apuntan a la paz familiar por ejemplo en el derecho de Familia<sup>288</sup>. Se dice que la caducidad corre contra todo el mundo incluyendo menores y entredichos pero eso no dice mucho porque hay prescripciones breves que no corren contra estos (art. 1985 CC)<sup>289</sup>.

Moisset refiere que son plazos de caducidad aquellos que fijan un término para el ejercicio de la acción, cuyo cómputo es fatal, esto es, no puede ser alterado por suspensión o interrupción, y vencido el cual sin ejercer el derecho o facultad, se pierde de manera inexorable sin que subsista obligación natural alguna<sup>290</sup>. El problema es intrincado porque hay una serie de detalles o matices sobre los cuales la doctrina no ha logrado acuerdo definitivo, no existiendo una norma que de una directriz clara y definitiva en este sentido<sup>291</sup>. Mélich da ejemplos en el CC de caducidad, tales como arts. 43, 121, 206, 228, 229, 782, 783, 799. 1019, 1027, 1029, 1500, 1525, 1547, 1637, 1663, 1836<sup>292</sup>.

A este respecto, la Sala de Casación Civil señaló: “...El interés de la distinción, es con todo, real, por cuanto en el supuesto de la prescripción extintiva, fenece la acción para reclamar un derecho aunque no el derecho mismo –ya que la obligación correlativa, antes de extinguirse, pasa a adquirir los caracteres de la obligación natural– en tanto que la caducidad, establecida siempre ésta, cuando es legal, por razones de orden público, ninguna posibilidad queda ya a las partes de obtener un cumplimiento. En materia de caducidad, cesan tanto la acción como el eventual derecho a cuya protección

<sup>283</sup> MENDOZA, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>284</sup> BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 133.

<sup>285</sup> MENDOZA, *ob. cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>286</sup> *Ibid.*, pp. 65 y 66.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>290</sup> MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, T.III, p. 233.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>292</sup> MÉLICH ORSINI, *La prescripción extintiva y la caducidad...*, pp. 168-171.

se refiere la misma. Existen varios criterios para determinar, ante un plazo extintivo fijado por la ley, si el mismo puede reputarse de prescripción o de caducidad. En primer lugar, evidentemente, habrá que aceptar la propia calificación que le dé el legislador en la manera de expresar la norma, y así, son indiscutiblemente prescripciones los lapsos que están calificados como tales en el propio texto legal, o incluidos dentro de los capítulos de una ley que se refiere específicamente a la prescripción de las acciones correspondientes. Cuando falta dicha calificación expresa, de todos modos es preciso indagar si el legislador no expresó su voluntad de algún otro modo, por ejemplo, señalando la posibilidad de que la actuación del interesado interrumpiera el plazo –lo cual sucede sólo en materia de prescripción– o supeditado el inicio del lapso al momento en el cual se tuviera la capacidad de ejercicio necesaria para accionar, como ocurre en el presente caso. El interés protegido también ha de tomarse en cuenta para la determinación del lapso, por cuanto indiscutiblemente el mismo sería de caducidad, cuando estuvieran involucradas situaciones de orden público<sup>293</sup>.

La caducidad es únicamente extintiva (y *erga omnes*), en tanto que la prescripción también es adquisitiva<sup>294</sup>. La caducidad puede ser legal o convencional (ejem. en materia de seguros) en cambio no existe prescripción convencional<sup>295</sup>. No obstante, algunos señalan que solo es caducidad *stricto sensu*, la caducidad legal<sup>296</sup>. La caducidad aplica a toda clase de derechos incluso extrapatrimoniales, en tanto que la prescripción aplica solo a derechos de crédito y derechos reales; la finalidad de la prescripción es dar por extinguido un derecho por no haber sido ejercitado durante un tiempo generalmente de considerable magnitud. Mientras que la finalidad de la caducidad es fijar de antemano un tiempo durante el cual puede ejercerse el derecho<sup>297</sup>.

La caducidad en el proceso se puede oponer como cuestión previa (CPC, art. 346, ord. 10) a diferencia de la prescripción que se opone al fondo de la

<sup>293</sup> TSJ/SCC, Sent. 0232 del 30-4-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0232-300402-00961>. HTM.

<sup>294</sup> TSJ/SConst., Sent. N° 6 del 4-3-10, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/06-4310-2010-10-0173>. HTML la caducidad obra en principio *erga omnes*; TSJ/SCC, Sent. N° 237 del 19-7-00, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/237-190700-RC991004>. HTM La Casación Civil venezolana, ha deslindado claramente los efectos de la caducidad y de la prescripción y considera que los de esta última constituyen una defensa de fondo, mas, no así, los de la caducidad, cuyo lapso es fatal y, la acción, una vez caduca, carece de existencia y no puede discutirse en debate judicial”.

<sup>295</sup> Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. II, p. 131, los términos de prescripción solo emanan de la ley, la caducidad puede nacer de un negocio jurídico (contrato o testamento), de un procedimiento judicial o administrativo y de la ley; TSJ/SCC, Sent. 777 del 25-10-06, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC-00777-251006-06079>. HTM cuando la caducidad va referida a la pérdida de la posibilidad de ejercer la acción, debe estar establecida en una norma legal.

<sup>296</sup> CORSI, *Contribución...*, p. 37.

<sup>297</sup> LAGRANGE, *Apuntes...*, para quien eran ejemplos de caducidad del CC, los artículos 43, 117, 203, 218, 782, 783, 803 y 1637.

contestación de la demanda<sup>298</sup>, pero a su vez la caducidad dado su carácter de orden público puede alegarse en cualquier tiempo y procede de oficio.

Se agrega que los plazos de caducidad son por lo general más breves que los de prescripción, debido a que al Derecho le interesa preservar la seguridad jurídica por encima de los intereses de las partes<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Véase: Juzgado del Municipio Heres del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 25-4-08, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/1987-25-FPo2-T-2008-000010-PJo242008000032.html> "la parte demandada cuando opone la cuestión previa del numeral 10º del artículo 346 ejusdem, erróneamente asemeja caducidad con prescripción, alegando esta última como cuestión previa, cuando esta es una defensa que solo puede alegarse en la contestación de la demanda como defensa perentoria para ser decidida en la sentencia definitiva"; TSJ/SCC, Sent. N° 237 del 19-7-00, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/237-190700-RC991004.HTM>.

<sup>299</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario*. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N° 23, Año XV, Lima, diciembre 2004, p. 274, [http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25&Itemid=141](http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141).