

## 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)”; 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.*”

1<sup>º</sup> *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>.*

2<sup>º</sup> *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>.*

3<sup>º</sup> *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<sup>º</sup> 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.acadec.org.ar](http://www.acadec.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 ALDAS 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 retrotrayéndose 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 asocia 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 CAPEROCHIPI, *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 oponden 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 CAPEROCHIPÍ, *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.