



**UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE**  
**Laureate International Universities**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLÍTICAS**

**TESIS:**

**“LA DACIÓN EN PAGO COMO SUPUESTO DE**  
**NOVACIÓN OBJETIVA EN**  
**EL CODIGO CIVIL**  
**PERUANO”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADA**

**AUTOR:**

**BACH. ANITA MABEL PERALTA PÉREZ**

**ASESOR:**

**ABG. ERVIN ALBRECHT PITASIG**

**CAJAMARCA**  
**2013**

**COPYRIGHT ©2013 by ANITA  
MABEL PERALTA PÉREZ Todos  
los derechos reservados**

**UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE**  
**Laureate International Universities**

**FACULTAD DE DERECHO Y**  
**CIENCIAS POLÍTICAS**

**ACEPTADA:**

**LA DACIÓN EN PAGO COMO SUPUESTO DE NOVACIÓN OBJETIVA EN EL**  
**CODIGO CIVIL PERUANO.**

**AUTOR:**

**ANITA MABEL PERALTA PEREZ**

**ASESOR:**

**ERVIN ALBRETCH PITASIG**

**Aprobado por:**

.....  
Carlos Alberto Miyasato Bazán  
Presidente del Jurado.

.....  
Reynaldo Mario Tantaleán Odar  
Integrante del Jurado.

.....  
Cristian Javier Araujo Morales  
Integrante del Jurado.

.....  
Ervin Albrecht Pitasig  
Asesor.

**Cajamarca, setiembre del 2013.**

**Dedicado A:**

A Dios, el Padre, quien me ha mostrado su fidelidad en todo tiempo.

**I**

**Epígrafe:**

***“Las Leyes Inútiles debilitan las necesarias”***  
***Montesquieu***

**II**

## TABLA DE CONTENIDO.

LISTA DE ABREVIACIONES.....	10
GLOSARIO .....	11
RESUMEN .....	16
ABSTRACT .....	19
<b>CAPITULO I .....</b>	<b>1</b>
INTRODUCCIÓN .....	1
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>8</b>
MARCO CONCEPTUAL .....	8
2.-Teoría General de las Obligaciones .....	8
2.1.- Concepto:.....	8
2.2.- Elementos: .....	9
2.2.1.- Los Sujetos:.....	9
2.2.2.-El Objeto: .....	9
2.2.3.- Relación o Vínculo Jurídico .....	11
3.-Efectos de las Obligaciones .....	15
4.-Requisitos del pago: .....	15
4.1.-La preexistencia de una obligación:.....	16
4.2.- El animus solvendi:.....	16
4.3.- Que se pague lo debido:.....	17
4.4.- Integridad de lo debido .....	17
<b>SUB CAPITULO I.....</b>	<b>18</b>
DACIÓN EN PAGO .....	18
1.-Antecedentes históricos.....	18
1.1.-Formación De La Dación En Pago En La Época Clásica Del Derecho Romano .....	18
1.2.-La Discusión entre Sabinianos y Proculeyanos. ....	19
1.3.-La Dación en Pago en la Alta Edad Media .....	22
2.-Definición De Dación En Pago .....	23
3.-Requisitos de la Dación en Pago:.....	24
3.1.-Preexistencia de una Obligación Válida: .....	25
3.2.- Entrega de una Prestación distinta a la Estipulada:.....	26
3.3.- Consentimiento: .....	27
3.4.-Animus Solvendi: .....	30
4.-Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago .....	30
4.1.-La Dación en Pago como forma o modalidad de Pago.....	31
4.2.- La Dación en Pago entraña una operación compleja. ....	31
4.3.-La Dación en Pago como Convención Liberatoria.....	31
4.4.- Como una Compraventa .....	32
5.-La Dación en Pago en la legislación comparada .....	33
5.1.-En Sudamérica .....	33
5.1.1.- Breve Reseña De Argentina .....	34
5.2.- En Europa .....	36
5.2.1.- Breve Reseña de España.....	37
6.-Regulación de la Dación en Pago en el Perú.....	41
7.- El Tratamiento Jurídico de la Dación en Pago en el Código Civil Vigente de 1984.....	43
8.-Efectos De La Dación En Pago. ....	44

<b>SUBCAPITULO II .....</b>	<b>46</b>
LA NOVACIÓN.....	46
2.-Antecedentes históricos: .....	46
3.-Concepto de Novación a nivel de Doctrina.....	49
4. La Novación En La Legislación Civil Peruana .....	50
5.- Requisitos: .....	50
5.1. Preexistencia de una obligación: .....	50
5.2 Creación de una nueva obligación: .....	51
5.3 La Voluntad De Novar .....	52
6. Efectos de la Novación.....	53
7.- Novación Objetiva .....	55
7.1 Antecedes legislativos de la Novación Objetiva .....	55
8.- Concepto de Novación Objetiva en el Código Civil vigente: .....	57
9.-Definición Doctrinaria: .....	57
10. Requisitos de la Novación Objetiva .....	57
11.- Naturaleza de la Novación Objetiva .....	57
12.- Novación Objetiva por cambio en la Prestación. ....	59
13.- Cambios en la Obligación que no producen Novación.....	61
13.1.- La Emisión de Títulos Valores. ....	61
13.2.- La renovación en los títulos valores .....	62
13.3.- La modificación de un plazo.....	63
13.4.- La modificación del lugar de pago .....	63
14.- Cambios accesorios en la obligación. ....	64
14.1.- Aumento en el monto de la prestación pactada. ....	65
14.2.- La Disminución del monto inicial de la prestación.....	66
14.3.-El Cambio de moneda .....	67
15.- La Novación Objetiva en el Derecho Comparado .....	69
15.1. Sudamérica.....	69
15.1.1.-Argentina .....	71
15.2. Europa.....	72
15.2.1 España: .....	73
<b>SUBCAPITULO III.....</b>	<b>76</b>
BASES TEÓRICAS .....	76
3.1.-La Dación en Pago diferente a la Novación por cambio de objeto. ....	76
3.2 La Dación en Pago como Novación por cambio de objeto. ....	81
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>85</b>
DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.....	85
<b>CAPITULO IV .....</b>	<b>87</b>
4.-Resultados. ....	87
5. Discusión.....	87
5.1 En cuanto a la creación de una segunda obligación .....	87
5.1.1.Frente a estas teorías, tenemos: .....	88
5.2 En cuanto a la simultaneidad del acuerdo de Dación en Pago y su ejecución.....	91
5.3 En cuanto al animus solvendi elemento diferenciador de la Dación en Pago .....	93
5.4 Sobre el acuerdo de Dación en Pago en deudas de imposible cumplimiento.....	98
5.5 La Dación en Pago y el Contrato de Compraventa .....	99
5.6.- En cuanto a los Efectos de ambas figuras Jurídicas .....	103

5.7 En cuanto a la regulación de la Dación en Pago en el Derecho Internacional .....	104
<b>CAPITULO V.....</b>	<b>108</b>
CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	109
7.- ANEXOS .....	110
OPERACIONALIZACION DE VARIABLES- ANEXO 1-A.....	110
8.-INSTRUMENTO PARA RECOGER INFORMACIÓN ANEXO 1-B .....	111
9.-CUADRO COMPARATIVO ANEXO-1-C .....	114
10.-CUADRO DE AUTORES ANEXO-1-D.....	116
11.-ANEXO 1-E.....	117
12.- ANEXO 1-F .....	119
<b>FUENTES DE REFERENCIA .....</b>	<b>120</b>



#### **AGRADECIMIENTO.**

A Dios por su amor ágape y fidelidad, A mis padres Sebastián Jesús y Ana María, por su apoyo incondicional, a mis hermanos Edy y Duber Por su comprensión y ánimo en los tiempos difíciles, a Billy por ser un verdadero compañero, a Erminia por su don de escuchar, a Joaquín por su sonrisa que me alegra los días.

## **LISTA DE ABREVIACIONES**

<b>ABREVIACIÓN</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
A.C	Antes de Cristo
Art.	Artículo
C.C	Código Civil
Etc.	Etcétera
Inc.	Inciso
Pag.	Página
s/n	Sin número
s/f	Sin fecha

## GLOSARIO

<b>TERMINO</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
<b>Acto jurídico</b>	Es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos que responden a la intención del sujeto.
<b>Acuerdo</b>	Es una decisión tomada en común por dos o más personas, destinadas a una finalidad.
<b>Anteproyecto</b>	Es un plan tentativo o un esquema preliminar del producto final.
<b>Autonomía jurídica</b>	Condición que goza de entera independencia en el derecho para regirse por sus propios elementos.
<b>Código Civil</b>	Es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, que regulan las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas.
<b>Comisión Revisora</b>	Es aquella designada con la finalidad de aprobar los proyectos de reforma de un Código Civil.
<b>Condición Resolutoria</b>	Se define como un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización depende el nacimiento o extinción de una obligación.
<b>Condición Suspensiva</b>	Aquella que suspende el cumplimiento de la obligación o la efectividad posible de un derecho, hasta que se verifique, o no, un acontecimiento futuro o incierto.

<b>Derecho de Obligaciones</b>	Es una rama del derecho Civil, regula específicamente el ámbito patrimonial de las relaciones jurídicas que entablan las personas naturales y Jurídicas.
<b>Derogar</b>	En el derecho, es el procedimiento a través del cual se deja sin validez una disposición normativa.
<b>Doctrina</b>	Son las teorías e investigaciones que han realizado los expertos en la ciencia jurídica.
<b>Dogmática jurídica</b>	Es una disciplina del Derecho, cuyo método se basa en sistemas de carácter formal, está compuesto por tipos jurídicos por lo que tiene un carácter sistemático.
<b>Extinción</b>	A efectos del presente trabajo se deberá entender que sucede cuando se ha dado cumplimiento al objeto de una prestación, produciéndose la liberación entre deudor y acreedor de la obligación.
<b>Jurisprudencia</b>	Es una fuente del derecho, compuesta por sentencias y fallos judiciales de los que ha derivado la creación o modificación de las normas jurídicas.
<b>Manifestación de voluntad</b>	Es la exteriorización o reconocimiento de un hecho con la finalidad de dar a conocer lo que se desea, con ella se consuma el acto jurídico.
<b>Norma</b>	En una regla destinada a regular el comportamiento humano, es prescrita por una autoridad, su incumplimiento puede tener como consecuencia una sanción. En ella también se expresan deberes y facultades.

<p><b>Obligación de Dar</b></p>	<p>Es aquella que implica la entrega de uno o más bienes por parte del deudor frente al acreedor, están inmersos dentro de las obligaciones de dar todos los bienes muebles e inmuebles clasificados en el Código Civil.</p>
<p><b>Obligación de dar bien cierto</b></p>	<p>son aquellos que se caracterizan por su determinación, o individualización, vale decir aquellos que al nacimiento de la obligación fácilmente se los puede identificar por sus características propias y autónomas.</p>
<p><b>Obligación de dar bien incierto</b></p>	<p>También existe la obligación de dar bienes inciertos, o la llamada obligación genérica y está referida fundamentalmente a bienes fungibles teniendo mayor incidencia en los consumibles y se encuentran comprometidos en los dispositivos 1141° a 1147° del Código Civil.</p> <p>En las obligaciones en donde acreedor y deudor convienen sobre la base de bienes inciertos, debe cuando menos precisar la especie y cantidad. Por ello se dice que son prestaciones determinables, pues el incierto genérico debe cumplir con éstos presupuestos mínimos, de lo contrario la obligación sería nula por objeto indeterminado. (Ríos 2000, 81)</p>
<p><b>Obligaciones de hacer:</b></p>	<p>Son aquellas cuya prestación consiste en un hecho o acto que no entraña la transferencia de una cosa. Típicamente es</p>

	<p>la que consiste en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra, particularmente cuando el locador o empresario no pone los suficientes materiales (Rios 2000, 89).</p> <p>La regla general es que las obligaciones de hacer se consideran impersonales, y son personalísimas por excepción, lo esencial es que el acto se ejecute.</p>
<b>Obligaciones de no Hacer:</b>	<p>Son aquellas que imponen al deudor una abstención, siendo la prestación negativa en este caso, dichas abstenciones pueden ser de naturaleza intelectual como material (Rios 2000, 107).</p>
<b>Obligación Pura:</b>	<p>Es la contraída sin circunstancia alguna que modifique sus efectos, o cuya eficacia no está afectada por condición ni término; es aquella que es exigible en el momento mismo en que se perfecciona.</p>
<b>Principio de Identidad en el Pago</b>	<p>El pago de la obligación debe realizarse de acuerdo a la forma pactada por las partes.</p>
<b>Relación jurídica</b>	<p>Es el vínculo que une a dos o más personas, en razón de sus intereses, siendo merecedora de tutela jurídica</p>
<b>“satisfactio”</b>	<p>Cumplimiento de la obligación con otro bien</p>
<b>Sentencia</b>	<p>Es una resolución judicial dictada por un Juez o tribunal que pone fin a la controversia, declarando o reconociendo el derecho a una de las</p>

	partes.
<b>solutio”</b>	Cumplimiento exacto de lo convenido
<b>Vigente</b>	Referido a la norma que se encuentra en vigor, dentro de un ámbito territorial determinado, y que el Estado considera obligatorio.

## **RESUMEN**

La presente investigación tiene como finalidad demostrar que la Dación en Pago regulada como institución jurídica autónoma en el Código Civil vigente constituye un supuesto de Novación por cambio de Objeto, posición que no es del todo aceptada, ya que causó divergencias entre las Comisiones Reformadora y Revisora, siendo que la primera consideró que su regulación es redundante.

Sin embargo a pesar de la controversia surgida, la Comisión Revisora decidió incluirla en los preceptos del derecho de obligaciones, situación que desató duras críticas por parte de la doctrina contemporánea, haciendo semblanza que las posiciones disímiles se remontan a tiempos pasados.

La conclusión a la que se ha arribado responde a que si bien es cierto la Dación en Pago es un modo de extinguir obligaciones donde acreedor y deudor acuerdan que éste último se libere realizando una prestación diferente a la pactada, no es posible concebir que en ella no se cree una nueva obligación entre las partes, pues al cambiarse el objeto por otro, el único resultado que se puede obtener es la extinción de la primera obligación y la creación de una nueva que la reemplaza, sobre la cual recaen los efectos jurídicos.

Dicha situación es indiscutible por cuanto se cambia uno de los elementos esenciales de la obligación a la cual no se le puede anteponer temas de tradición, o la rapidez que debe existir entre el convenio y la ejecución de Dación en Pago, o hasta la imposibilidad del cumplimiento, como son algunos de los argumentos



de los que defienden la particularidad de dicha figura y por ende su subsistencia en nuestra legislación Civil como tal.

Para sostener la tesis de la Dación en Pago como supuesto de Novación por cambio de Objeto, se ha hecho uso de la teoría de las obligaciones, la del pago, así como las diversas posturas de los Juristas que respaldan nuestra posición, lo que se sopesará con el Derecho Internacional correspondiente a los Países de Sudamérica y Europa que han legislado sobre el tema.

En ese sentido no se encuentra impedimento para aplicar en la Dación en Pago los mismos principios correspondientes a los de Novación por cambio de Objeto, en tanto el cambio realizado en la prestación ocurre de manera expresa, conllevando tácitamente el cambio de una obligación por otra y por ende la extinción de la primigenia.

Con ello no se intenta eludir la normatividad Civil, ni mucho menos forzar una interpretación en contra, sino más bien se trata de explicar que la naturaleza de las cosas es lo que debe reflejarse en las leyes.

En ese sentido y en razón de la trascendencia que significaría la derogación de normas en el Código Civil es que se efectúa la presente investigación, con la intención de aclarar las controversias surgidas a nivel de Comisiones y doctrina, teniendo como propósito demostrar nuestra posición en cuanto al tema.

En lo referente a la justificación teórica de la investigación, se cree relevante en tanto se enriquece el conocimiento dogmático y el contenido y razón de ser de ambas instituciones jurídicas.

Posteriormente y una vez determinado el mismo, se procedió a analizar su ámbito pragmático, siendo este extremo el determinante en tanto es lo que impulsa a la derogación de la norma, en razón de encontramos antes dos instituciones a las que le son aplicables las mismas reglas.

En ese sentido la justificación práctica de la investigación, persigue establecer un criterio uniforme en cuanto a la regulación de extinción de obligaciones por cambio de objeto, que permita establecer los efectos de la misma.

Y que, para la Dación en Pago establecerá los efectos de la extinción de la obligación primigenia, así como los derechos y atribuciones del acreedor de suscitarse controversias sobre la cosa dada en pago sin que se recaiga en incongruencia con la propia definición de la figura, como lo explicaremos más adelante.

## **ABSTRACT**

This research is to demonstrate that the regulated Pay Dación as autonomous legal institution in the Civil Code is a course for change Novation Object, position is not entirely accepted, and that caused differences between the Reformer and Reviewing Committees , with the former considered that its regulation was redundant.

But despite the controversy, the Review Commission decided to include it in the precepts of the law of obligations, a situation that sparked harsh criticism from the contemporary doctrine, making semblance that dissimilar positions back to the past.

The conclusion has been arrived responds to that although the dation in payment is a mode of extinguishing obligations where creditor and debtor agree that the latter is released by performing a benefit than that agreed upon, it is inconceivable that it not create a new obligation between the parties as to change the object for another, the only result that can be obtained is the extinction of the first obligation and creating a new one replaces it, on which bears the legal effects.

This situation is indisputable because changing one of the essential elements of the obligation which can not be putting issues tradition, or the speed that should exist between the agreement and the execution of payment in kind, or even the impossibility of compliance, as are some of the arguments of those who defend the particularity of this figure and thus their livelihood in our civil law as such.

To support the thesis of the course Dación Pay as Novation by changing object, we have made use of the theory of obligations, the payment, and the various positions of Jurists that support our position, which weigh with international law relating to the countries of South America and Europe that have legislated on the subject.

In that sense it is an impediment to the Dación apply the same principles Pay corresponding to Novation for Object change, while the change to happen provision expressly, tacitly leading the change of an obligation by another and hence the extinction of the primitive.

This is not intended to circumvent the Civil regulations, much less force an interpretation against, but rather tries to explain that the nature of things is what should be reflected in the laws.

In that sense and because of the significance that would mean the repeal of the Civil Code is that this research is done with the intention to clarify disputes arising at committee level and doctrine, with the purpose to demonstrate our position as the subject.

With regard to the theoretical justification of research relevant thought as dogmatic knowledge is enriched and the content and rationale of both legal institutions.

Then, once given the same, we proceeded to analyze the pragmatic level, this end being the determinant in both is what drives the repeal of the rule, because of two institutions met before you apply the same rules.

In this sense, the practical justification of research, seeks to establish a uniform approach regarding the regulation of discharge of liabilities by change of delivery, in order to establish the effects of it.

And, for Dación Pay establish the effects of the termination of the original obligation, and the rights and powers of disputes arise creditor of the thing given in payment without relapse into inconsistency with the definition of the figure, as will be explained later

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

La promulgación del Código Civil vigente en el Perú, obedece a la necesidad de regular los diferentes requerimientos de la sociedad, dentro éstos las relaciones intersubjetivas de los individuos que la conforman. En ese sentido, el derecho de obligaciones es el que por excelencia asume la codificación que se encarga de sistematizar dichas relaciones de carácter patrimonial.

Se entiende como obligación a todo vínculo establecido entre dos o más personas, donde una de las partes llamado acreedor puede exigir de la otra parte, llamada deudor la entrega de una cosa, el cumplimiento de un servicio o actividad, o el de una abstención, que viene a ser la prestación. Ambas partes tienen el deber de cumplir con lo convenido dentro de los parámetros especificados.

Es decir el deudor debe cumplir la prestación correspondiente, y el acreedor deberá aceptarla, ello de acuerdo con el principio de identidad en el pago, recogido en el artículo 1132° del Código Civil, norma que resulta aplicable a todo tipo de obligaciones, independientemente de su naturaleza, por lo tanto ninguna de las partes está constreñida a recibir o a entregar cosa distinta de la que se debe.

Es así que con el exacto cumplimiento de la prestación el deudor queda liberado de su obligación, sin embargo, es posible que las partes convengan en que la misma se cumpla con prestación distinta a la acordada inicialmente, a éste acuerdo el Código Civil lo denomina Dación en Pago y lo ha regulado en un capítulo especial,

otorgándole la calidad de figura jurídica autónoma.

En ése sentido, la satisfacción del acreedor podrá llevarse a cabo mediante la “solutio” (cumplimiento exacto de lo convenido) o, de manera excepcional, a través de la “satisfactio” (cumplimiento de una prestación distinta a la pactada que por convenio de las partes, satisface la acreencia y libera al deudor).

La inclusión en el Código Civil vigente de la Dación en Pago fue muy controversial por el hecho que Manuel Olaechea uno de los ponentes del Libro de Obligaciones, consideró innecesario que la Comisión Revisora haya decidido mantener un articulado sobre ésta, en tanto se encuentra perfectamente contenida en la institución de la Novación por cambio de Objeto.

No obstante este tema tan controversial trascendió el ámbito Nacional, presentándose algunas investigaciones jurídicas, entre ellas la realizada por la Docente de Derecho Civil de la Universidad de León Pilar Gutiérrez Santiago, quien realizó la tesis titulada «La novación extintiva por cambio de objeto. Su naturaleza jurídica convencional». Codirigida por los Catedráticos Etelvina Valladares Rascón y Javier Fernández Costales.

En cuanto a la obra, el prólogo pondera la dificultad que ofrece el estudio de la Novación; pues es uno de los puntos más controvertidos del derecho de obligaciones al afectar extremos tales como el nacimiento, la modificación y la extinción de las obligaciones, la alteración de sus sujetos y de su contenido.

Asimismo, valora positivamente el modo de acercamiento al estudio de la Novación Extintiva por cambio o modificación del objeto, figura que se aborda desde la

perspectiva de la dogmática jurídica.

La investigación ofrece un concepto preliminar de la Novación extintiva por cambio de Objeto, describiendo además que cualquier extremo relativo a la Novación es conflictivo tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

La Novación Objetiva como modo de extinción de las obligaciones, es el título del primero de los cinco capítulos en que se estructura su trabajo, y se encuentra dividido a su vez en dos secciones.

La primera de ellas, dedicada a la vigencia de la Novación en el Derecho moderno, donde incide y reitera en que pese a las dudas planteadas por cierto sector de la doctrina, la Novación no sólo es calificable de anacrónica, sino que se trata de una institución plena, de vigencia y pujanza práctica y teórica.

La segunda dedicada al riguroso estudio de la Novación Objetiva convencional, ratificando su singularidad, al implicar la extinción de una obligación mediante la recíproca creación de otra distinta que sustituye a la primera.

Para finalizar la investigación, la autora se dedicó a la comparación entre la Novación y la Dación en Pago. Quien concluyo que: *“ambas figuras son dos medios distintos y autónomos de extinguir las obligaciones”*.

Así, si la Novación se trata de un negocio jurídico bilateral de carácter consensual, hay que descartar que la Dación en Pago se trate de lo mismo, pues la mejor doctrina ha concluido que ésta es un negocio de carácter real, donde la extinción sólo se produce con la efectiva atribución de un bien aceptado por el acreedor, diverso de



aquel originariamente debido.

Siguiendo con la realidad Nacional la cual no ha escapado a la disyuntiva que se viene describiendo, también se tienen algunas investigaciones con criterios antagónicos como por ejemplo la realizada en la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año de mil novecientos ochenta y nueve, por el graduando Marco Antonio Palacios Meza, quien tuvo como objetivo definir si la Dación en Pago era una figura autónoma y diferente de la Novación Objetiva.

A juicio del autor la Dación en Pago es un modo de extinción de obligaciones en donde el deudor se libera de su obligación, entregando un objeto distinto del originalmente pactado, con el consentimiento del acreedor.

Señala además que existe un solo momento que es importante dejar establecido: el acuerdo entre las partes y la ejecución del objeto diverso. Es decir, ambos acontecimientos constituyen el anverso y reverso de una misma moneda y son inseparables.

Ante eso señala que la esencia y objetivo de la *Datio in Solutum* es su exigibilidad inmediata, es decir que el deudor quede liberado de su obligación al instante en que ejecute la prestación diversa (acuerdo de ejecución).

Así mismo el autor resalta la intención de las partes afirmando que ellas no quieren mantener el vínculo obligacional, tanto el deudor que ve la posibilidad de liberarse, como el acreedor, que lo que busca es satisfacer su interés, tienen el medio, el camino que les brinda ésta figura jurídica para llegar a un acuerdo en que ambos se sientan conformes.

Concluye su investigación afirmando que la Dación en Pago y la Novación por cambio de objeto deben ser legisladas de manera independiente, ya que no dar cabida a ambas significaría la prevención a la violación de principios del derecho, evitándose el peligro de consignar en una sola institución dos figuras que deben ser interpretadas de manera distinta y con un marco conceptual propio.

Por otro lado con una tesis contraria tenemos a la investigación realizada en el año 2005 en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca por la graduanda Giuliana Janet Valdivieso Pastor, quien concluyó que La Dación en Pago es una forma de Novación Objetiva, ya que la primera supone inevitablemente sustituir una obligación por otra.

La mencionada concluye que si el acreedor consiente en sustituir su primitiva acreencia por otra de objeto diverso, la obligación primigenia se extingue y es reemplazada por una nueva, sin importar el tiempo recorrido entre el perfeccionamiento y la ejecución del acuerdo de Dación en Pago.

Habiendo visto algunos de los antecedentes respecto al tema y considerando que este aún genera polémica, la presente Tesis tiene por objetivo explicar por qué la Dación en Pago constituye un supuesto de Novación por cambio de Objeto, habiendo realizado para ello el estudio y análisis de ambas instituciones jurídicas con el afán de realizar un modesto aporte a la Comisión Revisora del Código Civil en esta materia.

En ese sentido la Formulación del problema sería el siguiente:

**¿Cuál es el principal fundamento jurídico por el que se debería derogar la**

**Dación en Pago en el Código Civil vigente?** .Para ello se tienen como objetivos los siguientes:

**Objetivo General:** Determinar el principal fundamento jurídico por el que se debería derogar la Dación en Pago en el Código Civil vigente.

**Objetivos Específicos:**

. Identificar la regulación de la figura jurídica de la Dación en Pago en el Código Civil vigente.

. Identificar la regulación de la figura jurídica de la Novación por cambio de Objeto en el Código Civil vigente.

. Realizar un análisis doctrinario Nacional e Internacional de la Dación en Pago y la Novación por cambio de Objeto. Los que han coadyuvado a arribar a la siguiente hipótesis:

**El principal fundamento jurídico por el que se debería derogar la Dación en Pago en el Código Civil vigente, es porque constituye un supuesto de Novación por cambio de Objeto, por cuanto en ella se crea una segunda obligación sobre la que recaen todos los efectos jurídicos.**

Para arribar a la hipótesis expuesta la temática a desarrollar constó en describir en el primer capítulo, la teoría de las obligaciones, los requisitos del pago, para después entrar plenamente en la regulación de la Dación en Pago, su campo de aplicación,

naturaleza Jurídica, características, requisitos y efectos.

En los subcapítulos finales se describió la manera como ha sido legislada la Dación en Pago en el Derecho Comparado, y la posición que respecto de ella han asumido los diversos países.

El mismo esquema se utilizó para el estudio y desarrollo de la Novación Objetiva, para finalmente arribar a las conclusiones correspondientes, siendo una de las principales el que la Dación en Pago crea tácitamente una nueva obligación por cuanto se ha cambiado uno de los elementos esenciales como es su objeto.

En lo que refiere a los materiales y métodos utilizados, se precisa que la investigación es por excelencia de tipo Dogmática Jurídica; en vista que se cuestiona la regulación en un capítulo especial de la Dación en Pago en el Código Civil vigente, figura que se considera contenida en la Novación Objetiva. Así también se ha hecho uso del método comparativo al haber revisado legislación y doctrina internacional.

Respecto al enfoque de la investigación corresponde al cualitativo, en vista que se ha recolectado información entre doctrina y jurisprudencia Nacional e Internacional referente al tratamiento jurídico de las figuras de la Dación en Pago y la Novación Objetiva, con la finalidad de comprender su contenido, interpretación y aplicación.

El alcance de la investigación es explicativo en el proceso y Propositivo en la finalidad, pues se ha analizado a detalle la composición, tratamiento jurídico de tales figuras jurídicas, permitiendo de esta manera esclarecer las razones por las cuales se

debe prescindir de la Dación en Pago en el Código Civil vigente.

En cuanto al diseño, técnicas e instrumentos, la investigación responde al tipo no experimental- de tipo dogmática bibliográfica, teniendo como muestra y población a los diversos Número de autores y fuentes bibliográficas, habiéndose realizado la recolección de datos y el análisis documental en cada una de ellas.

Para finalizar, debemos señalar las limitaciones que se presentaron en la investigación, dentro de ellas, la restricción de acceso a las Bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ESAN.

Así mismo la restricción de horarios para el uso de biblioteca de la UPC. También se encontró Incongruencia de los Códigos mostrados en el Catálogo en línea con los físicos en la Universidad Mayor de San Marcos, lo que impidió la ubicación de los textos, y por último el material Actualizado en las Bibliotecas de Cajamarca.

## **CAPITULO II**

### **MARCO CONCEPTUAL**

#### **2.-Teoría General de las Obligaciones**

##### **2.1.- Concepto:**

La obligación es el vínculo establecido entre dos o más personas por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, el cumplimiento de un servicio o de una abstención. (Borda, 1998, 2)

A lo señalado por el citado autor, se tiene que toda obligación presenta, un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo; y uno pasivo: un deber de dar, hacer o no hacer. La facultad y el deber son aspectos distintos de un concepto unitario, que es la obligación, la misma que supone un sujeto activo o pretensor, llamado acreedor, y uno pasivo u obligado, llamado deudor; implica también la existencia de una cosa o conducta debida, denominada prestación.

## **2.2.- Elementos:**

Dentro de los elementos que constituyen una obligación, la doctrina es unánime al establecer los siguientes.

### **2.2.1.- Los Sujetos:**

Se entiende que en toda obligación existe un sujeto activo o acreedor y un pasivo o deudor. Pueden ser sujetos únicos o múltiples, deben ser determinados o determinables. Una obligación en la cual no pudiera determinarse quién es acreedor y quién debe, deja de ser obligación.

Sin embargo nada se opone a una indeterminación provisoria del sujeto, tal como ocurre en las ofertas al público, las promesas de recompensas, los títulos al portador, etcétera.

### **2.2.2.-El Objeto:**

Otro de los elementos fundamentales para la existencia de una obligación es el objeto, que viene ser la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída, en otras palabras es la prestación realizada por el deudor.

Este concepto resulta claro cuando se trata de obligaciones de hacer o no hacer; pues en ese caso el objeto sería exclusivamente una conducta humana. Pero la idea se vuelve menos nítida en las obligaciones de dar.

Según (Borda, 1998, 9), existiría confusión entre cosa y objeto, ya que en las obligaciones de dar, el objeto es la cosa prometida; y en las obligaciones de hacer o no hacer, es la conducta del deudor en razón de la obligación.

Sin embargo tal acepción fue objetada por quienes partiendo del principio de que las relaciones jurídicas sólo se dan entre personas, sostienen que el objeto de tales sólo puede ser la conducta humana, ya sea para las obligaciones de dar hacer o no hacer,

Frente a ello consideramos que el objeto de la obligación es la actividad o conducta prometida por el deudor sin discriminar ningún tipo de obligación, es decir en las obligaciones de dar, dicha conducta estará referida a realizar la acción de entregar lo estipulado precedentemente por las partes.

Como se ha señalado la prestación es el objeto de la obligación, teniendo según (Maradiegue 2000, 40) que reunir los siguientes requisitos:

- Físicamente posible, es decir de susceptible cumplimiento, al alcance de los seres humanos,
- Jurídicamente posible en función del derecho, sin colisionar con derechos ajenos.

- Fin lícito, es decir que no se opongan al orden público y a las buenas costumbres.
- Útil al acreedor, es decir que satisfaga el interés y finalidad para lo cual se constituyó la obligación.
- Que no quede al libre arbitrio del deudor, es decir sería un contrasentido que siendo el deudor quien está en grado de sometimiento frente al acreedor, sea justamente quien imponga las reglas de juego y pretenda a su libre albedrío cumplir o no la obligación.
- Tiene que ser determinada o determinable, es decir la prestación tiene que estar plenamente identificada, o en su caso cuando se trata de bienes inciertos o genéricos debe cuando menos precisarse en especie y cantidad.
- Tiene que tener un valor patrimonial, vale decir con contenido económico, susceptible del tráfico para fomentar y promover la riqueza.

### **2.2.3.- Relación o Vínculo Jurídico**

Por ultimo como parte de los elementos que conforman la obligación tenemos al vínculo jurídico que se ha formado producto de la confluencia de voluntades de las partes, y que es la responsabilidad del deudor, frente su acreedor, quien es el encargado de exigir de éste el cumplimiento exacto de lo establecido, así como demandar su incumplimiento de ser el caso.

El acreedor ostenta facultad jurídica de exigir lo que le es debido, encontrándose respaldado por el poder social, para hacer uso de todos los medios posibles e idóneos para garantizar el debido cumplimiento de la prestación acordada con



su deudor. (Maradiegue 2000,40).

Según (Llambias, 1997, 18) tenemos otro elemento esencial de la obligación, “la causa” o fuente, es decir, el hecho que la ha originado, en tanto no es posible pensar en una obligación que exista porque si, y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido.

La causa es uno de los temas más controversiales dentro de la teoría del acto jurídico por tener un carácter netamente abstracto, existiendo diversas teorías, teniendo dentro de las más representativas a las siguientes:

La Teoría Subjetiva que se mantiene vigente en Francia, es el fin inmediato y directo por el cual el deudor asume su obligación, se trata de un móvil abstracto que siempre es idéntico en todos los contratos de misma naturaleza.

También se tiene a la teoría subjetiva elaborada por Josserand, denominada también como neocausalista, que ve en la causa ya no como móvil abstracto, sino un móvil impulsivo y determinante por el cual el deudor asume su obligación, distinto en cada tipo de contrato.

Según (Taboada 1996, 114) ésta teoría no puede aceptarse, no solo porque no explica la ausencia de causa en el Código Civil Francés, sino porque identifica inapropiadamente la causa con el motivo determinante de la celebración de un contrato.

Por otro lado, tenemos a la teoría objetiva representada por la doctrina Italiana,

que la define como la finalidad típica del negocio Jurídico o como función económica social o Jurídica.

Siempre consiste en un elemento netamente objetivo, que debe ser examinado desde el punto de vista del ordenamiento positivo y perfectamente distinguible de los motivos de las partes, no obstante no pudo justificar el concepto de causa ilícita, reconociéndose además que para algunos casos si debe tenerse en cuenta los motivos de las partes, cuando ellos sean ilícitos.

La diferencia estriba en que mientras las corrientes objetivas se refieren al fin del mismo negocio jurídico, al fin que le es característico, las orientaciones subjetivas se refieren al fin de las partes contratantes.

Respecto a las diferencias entre la causa subjetiva y los motivos de las partes celebrantes, se nos recomienda trabajar con dos tipos de preguntas. Cuando se trate de la causa subjetiva hay que interrogar: ¿para qué celebra el negocio jurídico determinado otorgante?

Mientras que para ubicar los motivos la pregunta sería ¿por qué celebra el negocio jurídico determinado otorgante? (*Vid.* Albaladejo 1996, 259-262).

Por ejemplo, la causa objetiva en toda compraventa es el intercambio de un bien por un precio. La causa subjetiva podría ser para gozar del bien comprado, para arrendarlo, para donarlo, para permutarlo, etc. Y los motivos podrían ser porque el bien está en buen estado, porque su precio es cómodo, por gusto particular, etc.

Determinados autores causalistas han optado por una opción dual, entendiendo que la causa es objetiva cuando se trata de determinar el valor de determinado acto de voluntad como acto jurídico y, que la causa es subjetiva cuando se trata de conocer el concepto de causa ilícita.

Un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto:

Un aspecto objetivo que es el de la teoría Italiana, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

Lizardo Taboada concuerda con ésta tesis, pues es la más adecuada para comprender a cabalidad el rol de la causa como elemento de los actos jurídicos.

León Brandarían, agrega que la causa es diferente del objeto, éste es el elemento material de la obligación, lo que constituye el dato objetivo, la prestación misma, por lo cual no es confundible con la causa que explica la razón determinante y la finalidad social de la obligación.

En ese sentido, más que representar un elemento del negocio, la causa parecería desenvolver el papel de un instrumento que sirve para controlar si los fines privados perseguidos por los celebrantes son coherentes con las finalidades indicadas por el ordenamiento estatal (Ferri 2001, 225).

En la exposición de Motivos del Código Civil, se dijo que el fin consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad, lo que implica que la voluntad manifestada se dirija directa o reflexivamente a la producción de los efectos jurídicos.

Por ello se identifica la causa con el contenido específico de cada acto, o sea, con los efectos buscados mediante declaración volitiva ( Idrogo Delgado 1993, 30).

Finalmente Lizardo Taboada sentencia que a nuestro Código Civil solo le interesaría el aspecto subjetivo de la causa, asumiendo la doctrina neocausalista de Josserand, justamente por sancionar con nulidad únicamente al acto con fin ilícito.

### **3.-Efectos de las Obligaciones**

El efecto que producen las obligaciones es el deber de cumplir con la prestación acordada, en la mayoría de casos el desenlace normal de toda obligación es el pago, el que se realiza de manera voluntaria, sea por conveniencia, o por evitar la ejecución forzada.

Sabemos que el pago debe cumplir con ciertos elementos para connotarse como tal, los mismos que se detallan a continuación, con el propósito de contradecir la teoría que afirma que en la Dación en Pago ocurre lo propio.

### **4.-Requisitos del pago:**

La doctrina (Castillo 2008) es uniforme al señalar los componentes que debe

tener el pago, así tenemos:

#### **4.1.-La preexistencia de una obligación:**

Esta primera exigencia resulta obvia, pues si no existiere una obligación preexistente no habría como cumplirla, ya que no se puede pagar algo que no se debe. Cuando se ejecuta una prestación indebida no debe considerarse como pago.

#### **4.2.- El animus solvendi:**

El segundo requisito del pago, está referido a que la prestación se efectúe con la intención de pagar, si dicha intención faltare, no hay propiamente pago, pero algunos autores discrepan sobre si el *animus* constituye un elemento esencial del pago.

En este aspecto el tema se encontraría vinculado a la naturaleza jurídica del pago. Si se admite que el pago es un acto jurídico, resulta por lógica que el *animus* o intención de pagar es requisito necesario.

Sin embargo, el autor bajo cita señala que el pago puede ser tanto un acto jurídico como un simple hecho, en este segundo supuesto no es necesario el *animus solvendi*. Hay pago aunque el deudor que cumplió un hacer material o un no hacer, ignorara que estaba obligado a esas prestaciones. (Castillo 2008).

Ante lo señalado, consideramos que el pago constituye un acto jurídico, pues la manifestación de voluntad del deudor se encuentra direccionada al cumplimiento de la prestación objeto de la obligación pactada.

#### **4.3.- Que se pague lo debido:**

Otro de los elementos más notables del pago está relacionado al derecho que tiene todo acreedor de recibir la prestación que se le prometió, en tal sentido éste no está obligado a aceptar una distinta, aunque ésta sea de mayor valor que la pactada.

En el derecho Civil Peruano a esto se lo denomina principio de identidad, y se encuentra regulado por el artículo 1132°, que establece, que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor, siendo aplicable a todo tipo de obligación.

Sin embargo este principio que protege al acreedor, puede ser eliminado, si éste consiente el cambio de la prestación inicial, previo acuerdo con su deudor.

#### **4.4.- Integridad de lo debido.**

Este último requisito del pago, está referido al cumplimiento exacto de la prestación convenida en la obligación, sin que ésta sufra menoscabo o deterioro al momento de su realización; es aplicable a todas las obligaciones, cualquiera fuese su naturaleza.

Como bien se ha señalado en líneas supra, el pago es el modo ideal de extinguir las obligaciones, no obstante nuestra legislación civil ha previsto diversas formas para lograr tal cometido, dentro de ellas la Dación en Pago y la Novación por Cambio de Objeto.

## **SUB CAPITULO I**

### **DACIÓN EN PAGO**

#### **1.-Antecedentes históricos**

La figura de Dación en Pago procede del Derecho Romano, donde se vislumbró sus inicios en cuanto a su conformación, así como la forma en que ésta podría celebrarse.

Es el Derecho Romano quien proveyó a la Dación en Pago de una verdadera estructura sistemática, otorgándonos favorables posibilidades de estudiarla desde sus orígenes, pasando por la Edad Media para encontrarse después, en los Códigos Civiles actuales, donde se denota una clara diferencia en cuanto a la voluntad de las partes como elemento fundamental para su celebración, así tenemos:

#### **1.1.-Formación De La Dación En Pago En La Época Clásica Del Derecho Romano**

La Jurisprudencia Romana logró establecer la Dación en Pago, aproximadamente en el siglo I, A.C, en ese entonces existía la posibilidad de pagar con cosa genérica o específica en lugar de una suma de dinero debida, lo que sería dar una cosa por otra.

Es difícil identificar de manera absoluta el momento en el que en Roma se aceptó con validez por parte del derecho a la Dación en Pago. Lo cierto es que ya Sabinianos y Proculyanos discutían al margen del concepto, los efectos que dicha figura producía tanto sustantiva como procesalmente.

La Dación en Pago considerada como una convención entre las partes nace de la necesidad de facilitar el pago al deudor, en muchas ocasiones por razones del comercio jurídico, el acreedor prefería recibir cosa distinta a tener que acudir ante los tribunales o correr el riesgo de sufrir un eventual estado de insolvencia del deudor. Sin embargo no se descartaba la posibilidad de que el acreedor proponga la operación.

No obstante, en ciertos supuestos, el acreedor podía ser obligado por la ley a recibir prestación diversa a la originalmente debida, es decir que éste debía resignarse a ser satisfecho con cosa diferente, se denotaba entonces que se traba más de un acto judicial, que de un convenio entre las partes.

La más remota referencia en torno a la Dación en Pago necesaria o legal en la historia de Roma, parece remontarse a la época de la Guerra Civil del siglo I, A.C. Este dato es interesante, pues aunque no se habla aun de un negocio convencional, significa que de alguna manera la idea no se encontraba tan lejana de la mentalidad jurídica de ese entonces (Ledesma1999).

### **1.2.-La Discusión entre Sabinianos y Proculeyanos.**

Estas dos escuelas discutían vehementemente en torno a los efectos sustantivos y procesales de la Dación en Pago convencional, así tenemos de una parte a los Sabinianos quienes consideraron que ésta figura extinguía la obligación “*Ipsa Iure*”, es decir de manera automática, quedando disuelto el vínculo de la obligación; para ellos la Dación en Pago era una modalidad del pago equivalente a éste, en razón que producía sus mismos efectos.



En sentido opuesto para los Proculeyanos la *datio in solutum*, no extinguía de inmediato la obligación porque no se trataba exactamente del pago, el deudor que con el consentimiento de su acreedor hubiera pagado con cosa distinta a la debida, seguía manteniendo su condición ante el derecho civil; teniendo que hacer uso de una excepción, como defensa procesal para conseguir sentencia absolutoria, ello para prevenir que el acreedor lo demande de manera dolosa después de consumada la Dación en Pago.

Entre las dos posturas la de los Sabinianos es la más novedosa, siendo la Proculeyana la más literal y congruente con las concepciones clásicas del Derecho Romano, en tanto se respetaba el principio de exactitud material en el pago, y al significar la *Datio in Solutum* un pacto modificativo de la obligación original no debía ser reconocido por el Derecho Civil.

Sin embargo en la práctica, ambas escuelas llegaron a la misma conclusión, la obligación se extinguía no pudiendo ser exigida judicialmente si la Dación en Pago se había efectuado, no obstante desde el punto de vista dogmático-jurídico, los matices son diferentes, en efecto, para que la obligación se extinga en el pensamiento Proculeyano, se hace fuerza que el deudor acuda a juicio y oponga la excepción pretoria, de lo contrario sería condenado a pagar el *debitum* originario que no satisfizo.

Es en este pensamiento Proculeyano, donde reside el antecedente de las concepciones que hoy ven en la Dación en Pago, una forma de satisfacción de la obligación que subsiste solamente si no hay evicción respecto de la *res data in solutum*, ya que de

haberla reviviría aquella (Ledesma 1999).

La misma polémica entre Sabinianos y Proculeyanos se encuentra en las dos posturas que actualmente dividen a la doctrina y diversos ordenamientos Civiles. El primer grupo procedente de la concepción Sabiniana que considera a la Dación en Pago un sustituto perfecto del pago, y por lo tanto equivalente a éste.

Lo central en el pensamiento Proculeyano es que el crédito originario pueda ser efectivamente satisfecho, sea con la nueva prestación, o en caso de evicción de la *res data*, haciendo efectivo el crédito original.

Como bien se ha señalado, la doctrina de los Proculeyanos es la más congruente con el Derecho Clásico Romano, pues éstos no aceptaron a la Novación Objetiva de tipo convencional, por el contrario los sabinianos al sostener que la Dación en Pago extinguía *ipso iure* la obligación original, realmente, estaban introduciendo en el sistema a la Novación Objetiva; ésta actitud fue adoptada siglos después de Justiniano (Ledesma 1999).

A pesar de la negativa que mostraron los Romanos por la Novación Objetiva convencional, el derecho de hoy, entiende que la Dación en Pago extingue la obligación por Novación (Ledesma 1999). De tal manera que en caso de que se produzca la evicción de la *data in solutum*, el acreedor desposeído tendrá un lógico derecho al saneamiento; pero no a que se le pague el crédito original en virtud de que ya fue novado.

Gayo, en la segunda mitad del siglo II D.C, parece inclinarse por la opinión de los Sabinianos, es decir al extinguirse la obligación *ipso iure*, aun tratándose de la *evictio*, no habrá lugar a hablar más del crédito original ya extinto, sino más bien del saneamiento del nuevo.

Por el contrario Marciano, en D.46.3.46pr; afirmó que en caso de evicción no procederá saneamiento, sino la exigencia de la obligación primitiva considerándose subsistentes las garantías, se deduce por lo tanto la no aceptación de la Novación por cambio de Objeto, sino más bien la tendencia por la tesis Proculeyana.

Por otro lado tenemos a Ulpiano quien apostó por el pensamiento Sabiniano agregando una variante en el sentido que le pareció acertado, que la *Datio* constituyera una compraventa, en ese sentido queda cerrada para el derecho bizantino la cuestión, ésta solución se mantendría por mucho tiempo en los derechos medievales.

No obstante cabe resaltar que los compiladores, conservaron el texto clásico en donde se sostuvo que la intención de los mismos, fue dejar subsistente la manera de pensar de Marciano, y por ende en caso de evicción el acreedor podía ejercitar la acción derivada del crédito original que no era el *Solutum* si no el pago.

### **1.3.-La Dación en Pago en la Alta Edad Media.**

En los primeros siglos de la Edad Media se muestra un Derecho disperso, ello como resultado de la reciente fusión de los derechos Germanos con la cultura

Romano-Cristiana, ocasionando que no sea propicio el momento para entrar en discusiones dogmáticas.

La Glosa es el primer monumento de la Edad media, ésta trata de conciliar en su afán organizativo, el caso de la *datio in solutum* con los de la entrega de una “*res pro pecunia*” y de “*res pro re*”, sosteniendo que solamente en el primer caso podrá verificarse la evicción.

Ante la posiciones Romanas diversas en cuanto a la figura, la Glosa en su afán conciliatorio, sostiene que sería armónico y congruente con el derecho de los clásicos el permitir que el acreedor evicto, eligiese a su arbitrio la acción derivada del crédito original o la “*ex empto utilitatis causa*”, para obtener el saneamiento por evicción sufrida.

El análisis de la *evictio* de la *res data in solutum* es de suma importancia, pues al determinar sus efectos, se pone de manifiesto el carácter que se le asigne legislativa y doctrinariamente a la *datio* (Ledesma 1999).

Habiendo estudiado el origen, tratamiento y diversos estadios por lo que paso la Dación en Pago, es momento de conocer las tendencias actuales que la doctrina sostiene sobre ésta figura jurídica, las mismas que de diferente manera han recogido alguna de las concepciones antiguas.

## **2.-Definición De Dación En Pago**

La Dación en Pago es la “*Datio in solutum*” del derecho Romano, consistente en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor mediante la entrega al acreedor

de un bien o una cosa diferente a la originalmente pactada, o en lugar del servicio que se debiera prestar (Palacio 2002, 333).

La Dación en Pago es el acuerdo entre acreedor y deudor en virtud del cual, el primero conviene en recibir en pago, prestación distinta en lugar de debida, (Valencia 1988, 423)

Existe Dación en Pago cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta a la que debía en virtud de la obligación. Por ejemplo, se adeuda una suma de dinero, sin embargo se entregan determinadas mercancías en pago de dicha suma, los autores expresan que éste modo de liberación solamente puede emplearse con el asentimiento del acreedor, pues a éste le asiste el derecho de exigir lo que estrictamente se le debe, denotándose que el elemento fundamental de la figura es el acuerdo entre las partes (Planiol y Ripert 1945, 587).

Según las teorías esbozadas se concluye que la Dación en Pago es considerada como un medio diferente de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, en tanto previo acuerdo de las partes se entrega una prestación por otra, de acuerdo a sus efectos, es un medio extintivo de obligaciones.

### **3.-Requisitos de la Dación en Pago:**

Para la configuración de la Dación en Pago se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

### **3.1.-Preexistencia de una Obligación Válida:**

Para poder realizar un acuerdo de Dación en Pago, será necesario que exista previamente una obligación válida, es decir que sea celebrada entre sujetos capaces y cuyo pago se halle diferido, no obstante tener en cuenta otros necesarios para la configuración de cada obligación.

En cuanto a la capacidad de las partes, es necesario recurrir a la teoría del acto jurídico para diferenciar la capacidad de goce de la de ejercicio cuyas funciones son diversas, en ese sentido se puede adelantar señalando que la primera es la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos, deberes u obligaciones, mientras que la segunda, es la posibilidad de adquirirlos o de contraerlos mediante la celebración de actos jurídicos por sí mismo.

(Vidal 2007, 112) Nos dice que la capacidad de goce es inherente a la persona, siendo sujetos de derecho desde el nacimiento y aún desde la concepción; la capacidad de ejercicio en cambio es la aptitud de la persona para celebrar actos jurídicos por sí mismo, adquiriendo derechos y deberes jurídicos.

La capacidad de ejercicio entendida como la facultad de celebrar actos jurídicos por sí mismos tiene como presupuesto al discernimiento, sin embargo ello no basta para adquirirla plenamente, siendo necesario además, alcanzar la mayoría de edad, que en el Perú se consigue a los dieciocho años, pues es allí donde el derecho presume que el sujeto alcanza su desarrollo psíquico e intelectual.

No obstante la mayoría de edad, existen causales de incapacidad de ejercicio que pueden ser absolutas como la imposibilidad de expresar la voluntad de manera indubitable por causa de impedimento físico, o de manera relativa como son las

causales de retardo mental.

Realizada la diferencia entre ambas capacidades, es preciso anotar que es la capacidad de ejercicio la necesaria para convenir una Dación en Pago, pues ésta nos permite adquirir y ejercitar con propia voluntad deberes jurídicos.

Es importante tener en cuenta además que para convenir Dación en Pago no sólo se requiere la capacidad de ejercicio, sino además la titularidad del derecho sobre el cual se va a pactar, pues la “*datio in solutum*”, importa un acto de disposición, no pudiendo transferir a otro, un derecho que no se tiene.

De optar por la representación también se deberá dar cumplimiento a los requisitos esenciales para su constitución, para que el representante pueda actuar con todas las facultades conferidas por su representado, siendo por ejemplo una de éstas la de acordar Dación en Pago.

### **3.2.- Entrega de una Prestación distinta a la Estipulada:**

Para que se pueda constituir Dación en Pago es esencial que exista diferencia entre la prestación originalmente pactada y la que se da en pago, este criterio es uniforme a nivel doctrinario (Valencia 1988).

Cualquier prestación a cargo del deudor puede ser reemplazada por una nueva. Así, una prestación de hacer puede ser reemplazada por una de suma de dinero; una de dinero por una de hacer, la entrega de un cuerpo cierto, por una de hacer, o por una de dinero.

De este modo, cuando en reemplazo de la entrega de un bien se satisface el interés del acreedor con la entrega de dinero, según doctrina (Osterling y Castillo 2008) se configura la llamada *datio in solutum rem pro pecunia*. Mientras que si se entrega un bien distinto al pactado, se trata de un *datio in solutum rem pro re*. Así mismo, cuando se ejecuta un hecho en pago de una obligación de dar bienes, se trata de una *datio in solutum rem pro facto*.

En este sentido el Derecho Civil Peruano adopta un concepto amplio de tal manera que cualquiera sea el objeto de la nueva prestación, siempre que se ejecute con el consentimiento del acreedor en pago de la obligación originaria, configurará Dación en Pago.

### **3.3.- Consentimiento:**

El Consentimiento, es la expresión de aceptación de ambas partes dando lugar a una convención de Dación en Pago, no responde por lo tanto a una decisión unilateral de cualquiera de ellos, ni el deudor puede obligar a recibir prestación distinta, ni el acreedor exigir el pago con prestación diferente.

Como se ha visto desde la evolución de la figura en el Derecho Romano, hasta hoy en día, la voluntad de las partes en consentir la variación de la prestación primigenia por otra, es el elemento fundamental para la celebración de la Dación en Pago, siendo así la manifestación de voluntad puede mostrarse de dos maneras.

Según (Vidal 2007, 99) puede ser expresa o Tácita, se dice que es expresa cuando los medios empleados por el sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien debe conocerla. Tales medios pueden ser orales, escritos



o documentales, así como haciendo uso de la mímica.

La manifestación de voluntad formulada oralmente puede consistir en palabras emitidas por el propio interesado y también por persona distinta, que lo realiza por cuenta de él, puede consistir también en el uso de medios mecánicos o electrónicos, que sirven de vehículo transmisor, lo que se requiere es que el destinatario reciba la voluntad que se manifiesta.

Por otro lado la manifestación expresa por escrito o documental se da a través de lo que se escribe de puño y letra por los interesados, o de lo que escribe otro por cuenta o encargo suyo, o de lo que escribe mediante el empleo de una computadora u otros medios electrónicos.

Así también tenemos a la manifestación expresa mediante la mímica, que se da cuando el sujeto recurre a gestos o señas, tales como movimiento de las manos o la cabeza. Según (Vidal 2007, 99) dentro de ésta debe quedar comprendida la ejecución de hechos dándose a conocer por este medio de manera directa la voluntad. (Cuando un consumidor entra al supermercado).

Para ultimar vale decir entonces que la manifestación de voluntad es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo, siendo necesaria que la expresión de éste sea el que de la pauta para establecer el lindero con la manifestación tácita.

Ahora bien, la manifestación de voluntad es tácita cuando se da a conocer la misma sin que ésta se dirija directamente a quien debe conocerla, quien toma conocimiento de ella, la deduce de ciertas actitudes o comportamientos, a esto es lo que la

doctrina llama hechos concluyentes, los cuales deberán revelar la voluntad de quien lo realiza.

La doctrina (Vidal 2007, 100) es unánime al señalar las dificultades que presenta éste tipo de manifestación, por cuanto hay dificultad en la determinación de la misma, es decir determinar la existencia de los hechos concluyentes, los cuales deben ser unívocos y no equívocos, es decir incompatibles con la voluntad contraria de la que puede inferirse.

(Vidal 2007, 100) La define como aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario.

Según el referido autor dos son las condiciones para que exista manifestación tácita: la primera es, que de los hechos se derive certidumbre en cuanto a la existencia de la voluntad, y la segunda, que no se exija expresión positiva, es decir manifestación expresa, y que no haya protesta o declaración expresa en contrario.

No puede considerarse la existencia de manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Se dice también que la manifestación tácita puede implicar un lenguaje hablado, escrito o mímico, pero sin el propósito del manifestante de dirigirse directamente al destinatario (Vidal 2007,101).

Para concluir se debe tener presente que un sector de la doctrina considera al

silencio como una actitud que puede configurar una manifestación tácita, desde ya se advierte que el Código Civil Peruano lo descarta, pues al silencio se le otorga otro tratamiento específico.

### **3.4.-Animus Solvendi:**

Este requisito singular en la Dación en Pago está referido a la intención de pagar la obligación primigenia con la nueva prestación, que previamente ha sido convenida entre las partes de la relación jurídica.

Este elemento es tan determinante para que se perfeccione la Dación en Pago que no solo basta el acuerdo entre las partes sino también la intención dirigida para pagar la obligación primigenia.

La doctrina representada por (Ospina 2008, 397) señala que el *animus Solvendi*, es el elemento que diferencia a la Dación en Pago de otras figuras jurídicas.

Dando paso a un tema muy debatido a nivel de doctrina, es momento de tratar la naturaleza jurídica de la Dación en Pago, mencionándose las principales teorías sobre el particular.

## **4.-Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago**

#### **4.1.-La Dación en Pago como forma o modalidad de Pago**

Para ésta teoría la Dación en Pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, sin embargo tiene requisitos propios que la individualizan. (Latour 1953,65).

En ésta línea se ha expresado (Salvat 1952, 485). Afirmando que la Dación en Pago constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar cambio ni modificación alguna.

#### **4.2.- La Dación en Pago entraña una operación compleja**

(Starck, Roland y Boyer 1992, 79) Son los que respaldan ésta teoría al señalar que la Dación en Pago es una operación compleja pues toma prestadas las reglas del pago, la Novación y la venta.

Ellos refieren que en ciertos aspectos la Dación en Pago se parece a una Novación por cambio de Objeto, pues el antiguo crédito es reemplazado por otro nuevo. Así también es similar al pago, ya que éste produce la liberación del deudor. Sin embargo ésta figura no deja de presentar caracteres propios basados en su ambigua naturaleza (pago y venta) y en suponer una relación jurídica anterior entre las partes.

#### **4.3.-La Dación en Pago como Convención Liberatoria**

Según esta teoría defendida por (Borda, 1998, 103), la Dación en Pago, entraña una

convención liberatoria, siendo un acto jurídico bilateral con finalidad extintiva de la obligación preexistente.

El citado autor considera que es exacto hablar de una convención liberatoria de caracteres propios, que no puede ser identificada ni con el pago propiamente dicho ni con la Novación.

(Diez Picazo y Gullon 1985, 78) Comparte el mismo pensamiento al señalar que la naturaleza jurídica de la Dación en Pago es la de un convenio extintivo de obligaciones, por el cual el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo.

#### **4.4.- Como una Compraventa**

Este es el criterio clásico que la doctrina le asigna a la Dación en Pago, donde se cree que el deudor vende al acreedor la cosa ofrecida en pago, y compensa la deuda con el precio.

Es decir la suma de dinero que debía pagarse equivaldría al precio del bien efectivamente entregado en pago, por lo que habiéndose determinado bien y precio se cumplirían los elementos esenciales de una compraventa.

La analogía existente entre estas figuras jurídicas, es que en ambas hay transmisión de propiedad, no obstante en la venta se persigue el pago del precio, mientras que en la Dación en Pago se percibe la extinción de la obligación (Bustamante 1965, 483).

Por último cabe advertir que la razón de vincular a dicha figura con la Compraventa es la de otorgar al acreedor garantía, en caso de que la cosa dada en pago sufra

evicción o vicios redhibitorios.

Después de conocer las diferentes acepciones otorgadas a la Dación en Pago, se mostrarán que teorías de las antes expuestas han sido adoptadas por el Derecho Internacional.

## **5.-La Dación en Pago en la legislación comparada**

### **5.1.-En Sudamérica**

El Código Civil de Uruguay ha establecido a la Dación en Pago en su artículo 1490°, denominándola como pago por entrega de bienes, que sucede cuando el acreedor recibe voluntariamente en pago de la deuda inicial, alguna cosa que no sea dinero.

Así también observamos que en su dispositivo 1493° dispone que si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado, como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

Por otro lado el Proyecto de Código Civil Colombiano en su artículo 571° dispuso que sí para cumplir con el acreedor, el deudor asume una nueva obligación, la primitiva se extingue, salvo que otra cosa se deduzca de la naturaleza del pacto por el cual se establece la segunda obligación.

En sentido contrario tenemos al Código Civil de Chile que no regula la Dación en Pago, puede decirse incluso que hasta un nombre propio se ha omitido otorgarle, en ese sentido uno de sus representantes (Oliveros 2010, 1067) ha establecido que ésta figura es una Novación por cambio de objeto, seguida del cumplimiento inmediato,

sin que la circunstancia del tiempo baste para cambiar la naturaleza del acto.

Con similar criterio el Código Civil de Panamá no regula la Dación en Pago en ninguno de sus preceptos, sin embargo se deduce del artículo 1540°, que ha señalado que si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción, queda libre el fiador.

Si bien alguna de las legislaciones no ha regulado a la Dación en Pago, las que sí han optado por ello, concuerdan en que en ningún caso la obligación primigenia revive.

#### **5.1.1.- Breve Reseña De Argentina**

El derecho Argentino ha regulado a la “*datio in solutum*” con el nombre de pago por entrega de bienes, donde las partes acreedor y deudor de común acuerdo, deciden extinguir la obligación, aceptando el primero una prestación diferente a la convenida originalmente.

Es así que en artículo 779° del Código citado determina que:” *El pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar*”.

También ha dispuesto en su dispositivo 780°: “*Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos*”.

Sin embargo la Dación en Pago no es solo asimilable a la cesión de Derechos, pues como se ve de lo dispuesto en el artículo 781°, si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa.

Al parecer encontramos una contradicción entre este artículo y el 779° pues en aquel se establece la excepción de dar en pago una suma de dinero, mientras que en el 781° concibe la posibilidad de fijar un precio respecto a la cosa dada en pago.

Por otro lado el dispositivo 782° nos deja claro que el acuerdo de pago por entrega de bienes es personalísimo, no pudiendo los representantes del acreedor, sean necesarios o voluntarios, aceptar pago bajo ese concepto.

Por último, en cuanto al derecho que ostenta el acreedor que ha convenido pago por entrega de bienes, el artículo 783° ha dispuesto: “*Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la Obligación Primitiva*”.

De lo ante dicho se infiere que en el derecho Argentino la *dation in solutum*, regulada como pago por entrega de bienes, pone fin a la relación jurídica entre acreedor y deudor, no obstante la indemnización que le correspondería al primero versaría sobre la nueva obligación, sin otorgarse la calidad de comprador.

En opinión de uno de los representantes de ese País (Alterini 2000, 704), las



nuevas relaciones que se establezcan entre las partes recaerán exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago en vista que en toda Dación en Pago, hay Novación tácita.

## **5.2.- En Europa**

En el Código Civil Francés su artículo 1243° consagra la regla general de la identidad del pago, al establecer que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una cosa diversa de la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual e incluso mayor”.

Esta legislación no regula la figura de Dación en Pago en ninguno de sus artículos, alude a la misma de forma incidental, en los dispositivos 1595°, que refiere a la posibilidad de compraventa entre cónyuges, y 2038°, relativo a la extinción de las cauciones; por lo que dicha figura en el derecho Francés tiene una construcción doctrinal.

Así el Código Civil de Italia del año1895, siguió el criterio del Código Francés, y tampoco reguló la figura, sin embargo el Código Civil Italiano del año 1942 estableció en su artículo 1197°: *“El deudor no puede librarse realizando una prestación diversa de la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor lo consienta”*.

Con este último precepto ya se da opción a que la obligación se extinga cuando la prestación diversa se ha realizado, lógicamente previo acuerdo. Según (Cervera 2002, 273) Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro

derecho, el deudor está sujeto a la garantía por evicción o por vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento de daños. En cualquier caso no reviven las garantías prestadas por terceros.

Por su parte el Código Civil Alemán trata a la Dación en Pago como una forma de extinción de las obligaciones. En este sentido, su artículo 364° prescribe: “*La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida.*” .

#### **5.2.1.- Breve Reseña de España**

En el derecho Civil español también se encuentra instaurado el principio de identidad del objeto de la deuda, y queda a la voluntad del acreedor a que se considere cumplida la relación obligatoria cuando el deudor entrega otra diferente.

Sin embargo la doctrina Española reconoce que el estudio de la Dación en Pago ha sido tratado superficialmente, pues no se ha profundizado en las consecuencias y los efectos que pueden derivar del hecho de atribuirle una naturaleza jurídica u otra.

Se observa que los Juristas se limitan a reproducir lo que otros han mencionado en algún momento, sin reflexionar en las repercusiones de lo que se dice con respecto a la Dación en Pago, así se denota de las diferentes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Español en las que se trata de dilucidar cuál debe ser la naturaleza jurídica de dicha institución.

A pesar de la ausencia de la Dación en Pago en la normativa Civil Española, aunque da por supuesta la institución en los artículos 1521° y 1636°, que regula los retractos, (Davó 2002, 260) la define como un subrogado del cumplimiento de las obligaciones que consiste en que el deudor le ofrece al acreedor previa aceptación de éste, la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada, considerándose así por extinguida la obligación.

Tal como se viene señalado la Dación en Pago ha sido configurada por la doctrina Española de diversas maneras, teniendo como una de sus finalidades la resolución de cuestiones en conflicto. Así tenemos por ejemplo las de saneamiento por evicción y vicios ocultos de la cosa dada en pago, haciendo uso en este caso de las reglas del contrato de Compraventa en la medida de lo posible.

Otra de sus connotaciones la encontramos en el artículo 1175°, el cual señala que el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, solo libera a aquel de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos.

Con este precepto son dos las figuras que se le asigna a la Dación en Pago dependiendo de las circunstancias, así tenemos a la venta y a la cesión, sobre ésta última se ha dicho que existen diferencias en razón de que en la dación se origina automáticamente la extinción de la obligación, por el contrario en el caso

de la cesión para pago, no existe la liberación de la responsabilidad del cedente sino por el importe líquido de los bienes cedidos. (Davó 2002, 262).

De lo antedicho se deduce que no se recibe el dominio de la cosa sino el derecho a venderla, para que con su importe se haga el pago de su crédito.

Así, la jurisprudencia reconoce la naturaleza jurídica controvertida de la Dación en Pago e incluso, realiza una enumeración de aquellas sentencias en las que se ha adoptado una posición u otra.

De este modo, la sentencia de 7 de junio de 1990 (RJ 1990/2576), en su fundamento de derecho tercero nos dice que, la dación o adjudicación en pago es una figura con naturaleza jurídica polémica, barajándose en la doctrina diversas posturas entre ellas la semejanza con la Compraventa, Novación, acto complejo; modalidad o subrogado del pago; y contrato extintivo de obligaciones que se asemeja a los contratos reales.

Ni siquiera en las más modernas resoluciones parece prevalecer un criterio uniforme, sin desconocer las analogías con la Compraventa y la Novación, así por ejemplo en la sentencia de fecha 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608), en la que una vez que el Tribunal señala y califica como Dación en Pago la operación realizada por las partes implicadas, continua su discurso diciendo que se trata de una novación a través de una cesión de bienes.

Dicha resolución manifestó que tratando de determinar si la entrega de unas fincas edificables en pago de una deuda es constitutiva de una Dación en Pago o de una cesión de bienes, nos dice en su fundamento de derecho cuarto

que la operación efectuada *«no fue nunca una cesión de bienes, sino que se asemeja más a la pura dación en pago en la que coinciden deuda y precio dado a los objetos transmitidos, que efectivamente tiene analogía con la compraventa, pero con caracteres propios por su finalidad extintiva de la obligación»*.

Otra sentencia de fecha 13 de Mayo de 1983 (RJ 1983/2820), en su considerando tercero, nos dice lo siguiente: *«Ciertamente este Tribunal, ya desde antiguo (SS. de 14 noviembre de 1881, 21 de diciembre de 1905, 11 de mayo de 1912, 22 de octubre de 1914, 9 de enero de 1915) hasta las más recientes SS. de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944 y 13 de marzo de 1953, aunque sin pronunciarse de un modo definitivo y dogmático y ante la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago, no regulada en nuestro Código Civil, ha asimilado dicha atípica figura a la del contrato de compraventa, bien que con el matiz de no negar su analogía con otras convenciones, tales como forma de pago o como novación por cambio de objeto (S. de 9 diciembre 1943)*.

De ello se denota la exigencia en el Derecho Español de dar soluciones a diversos eventos, otorgándole a la Dación en Pago diversas connotaciones. No obstante tener presente las últimas novedades en argumentación de la jurisprudencia española, como por ejemplo la posibilidad de reconocer la existencia de una promesa o de una propuesta de Dación en Pago, la cual podría celebrarse en cualquier momento de la obligación, ante la posibilidad de un posible incumplimiento de la misma. Se consideró también el hecho que

podría celebrarse Dación en Pago sometida a condición suspensiva.

## **6.-Regulación de la Dación en Pago en el Perú**

Vistas las tendencias del derecho Internacional en torno a la Dación en Pago, describiremos como es que ésta figura ha sido regulada en los diversos códigos Civiles peruanos, es así que no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil de 1852.s el Proyecto del Código Civil de 1890 quien fue el primero en abordar el tema en su artículo 2928° al estipular: “Una *obligación queda extinguida, cuando el acreedor recibe voluntariamente cualquier objeto que no sea dinero, en lugar de la cosa que se le debía entregar, o del hecho o servicio que tenía derecho a exigir*”.

Posteriormente el primer Anteproyecto de libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea en el año de 1925, lo reguló en el numeral 244°: “*El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar*”.

El segundo Anteproyecto del libro quinto de la Comisión Reformadora de 1926, señaló en su artículo 233°: *El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía prestar*”.

Años después el Proyecto del Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 señaló en su numeral 1264°: “*El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como*

*cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar”.*

El Código Civil de 1936 en su artículo 1274° señaló: “ *El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar”.*

Dentro del Proceso de reforma al Código Civil de 1936, la alternativa de la ponencia del doctor Jorge Vega García, del año 1973 se ocupó de la materia en su artículo 125° donde estableció: “*El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se debía entregar, o del hecho que se le debía prestar”.*

La Comisión reformadora, conformada por Felipe Osterling Parodi del año 1980, no tocó el punto; siguiendo similar criterio el Proyecto de La comisión Reformadora del año 198

Por su parte el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, trató el tema en el artículo 1232°: “*El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.*

El común denominador antes del año 1984, fue la de asignar a la Dación en Pago un carácter convencional, no obstante se limitaba el mismo, al no permitir convenir dinero, hecho que hasta hoy se mantiene en algunas legislaciones como la Argentina, pero que sin embargo en la actualidad el Perú ha superado.

## **7.- El Tratamiento Jurídico de la Dación en Pago en el Código Civil Vigente de 1984**

La Dación en Pago se encuentra regulada en el artículo 1265° del Código Civil que estipula: *“El Pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”*. (Castillo 2008)

Cree que es en un medio no ideal de pago al tratarse de una desviación del destino natural de la obligación originaria, en la medida en que a través de ella se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida.

Es también considerada como un medio extintivo de obligaciones, ya que a través de ella la prestación primigenia deja de tener existencia. Es necesario para su constitución el acuerdo entre el acreedor y deudor para que el primero reciba como cancelación total o parcial una prestación distinta a la originalmente pactada.

Así también en su constitución confluyen los elementos aceptados por la mayoría de doctrina y que han sido desarrollados al inicio del presente capítulo.

Por otro lado en el artículo 1266° se especifica que: *“Si se determina la cantidad por el cual el acreedor recibe el bien en pago sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa”*.

Se entiende que la razón por la que se incluyó éste artículo en el Código Civil fue la de lograr que se aplicaran a un contrato al que originalmente no le eran aplicables las normas sobre obligaciones de saneamiento, si luego de producida la



Dación en Pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien.

Es clara la tendencia de Compra venta dentro del Código vigente debido a que la Dación en Pago es entendida sólo como un medio extintivo de las obligaciones, mas no un medio creador, modificadorio o regulador de las mismas, a pesar que se da una prestación distinta a la que se debe, ello no determina el cambio en la naturaleza del contrato.

Por tal razón, y dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

En este tema la doctrina ha sostenido que la evicción de la cosa dada en pago no hace revivir la obligación primitiva ni sus accesorios, sino que únicamente le otorga al acreedor evicto, la acción de saneamiento que compete por igual al comprador o al permutante.

Otros sostienen que esa evicción si revive la obligación primitiva y sus accesorios, tales como las garantías y que, por consiguiente, el acreedor puede utilizar las acciones pertinentes.

Por último, hay quienes acogen una solución ecléctica y le reconocen al acreedor evicto opción para ejercer las acciones de la obligación primitiva o para exigir el resarcimiento. (Carbonell 1997, 1266).

### **8.-Efectos De La Dación En Pago.**

Según el Código Civil la Dación en Pago produce los efectos de un pago regular, es

decir logra la satisfacción del interés del acreedor y la extinción de la obligación.

En principio extingue la obligación *erga omnes*, liberando al deudor y satisfaciendo al acreedor, también se produce este efecto extintivo respecto a las garantías accesorias como puede ser fianza, o hipoteca, entre otras, liberando así a los fiadores.

A manera de resumen se puede decir entonces que los principales efectos de la Dación en Pago son:

- Extinguir definitivamente la obligación por la ejecución de otra prestación, extinguiendo, también los derechos accesorios de la misma. Cuando la obligación se extinga con la entrega de un bien determinado, se mantendrán sobre el deudor las obligaciones de saneamiento.
- Y por último el hecho de asimilación a la Compraventa, en el caso de Dación en Pago con un bien determinado, el adquirente está expuesto al ejercicio del retracto legal por los copropietarios o los colindantes de la cosa dada en pago conforme a lo establecido en el Art 1593 del C.C

## **SUBCAPITULO II**

### **LA NOVACIÓN**

#### **2.-Antecedentes históricos:**

En lo referente a la materia de Novación, el Derecho Romano tiene mucha trascendencia pues allí es donde ha tenido su origen, y para lograr comprender la influencia ejercida por esa legislación es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- La Novación del derecho Romano presentaba caracteres muy distintos a la del derecho moderno.
- Las profundas transformaciones operadas en los diversos estadios de la prolongada vida jurídica Romana.

La obligación primitiva constituía una rígida relación, es decir su carácter se caracterizaba por ser personal, descartaba cualquier sustitución de los titulares en la relación jurídica. Las obligaciones no podían cederse ni transmitirse en su aspecto activo o pasivo, ni tampoco existía la posibilidad de alterar su contenido.

En vista de la rigidez que caracterizaba a la obligación, cualquier cambio efectuado en ella hacia desaparecer el nexo obligatorio, de ésta manera se puede explicar que la Novación en su inicio constituía el único arbitrio legal para obtener cualquier modificación en la relación jurídica, no obstante llevar posteriormente su extinción.

Este medio extintivo de obligaciones estuvo sujeto a limitaciones, siendo de interés estudiar su evolución conceptual en el tránsito del derecho clásico al derecho Justiniano, donde suceden importantes cambios respecto a su conformación.

El Derecho anterior a Justiniano no admitía la Novación por cambio de objeto; por el contrario, se exigía como requisito indispensable para que aquella se configurase que la nueva obligación tuviera el mismo objeto que la precedente *ídem debitum*.

En la etapa primaria del Derecho Romano la Novación era la extinción de una obligación como resultado de la creación de otra nueva que contenía el mismo objeto pero que, sin embargo se diferenciaba de la precedente por la presencia de un elemento nuevo.

Identidad de objeto y severo formalismo son las características principales que presenta la Novación en el Derecho Romano Clásico. La solemnidad de los ritos exteriores determina la existencia de ésta figura; una vez pronunciada la fórmula, ya no es de la voluntad de los otorgantes, sino de la fórmula misma que deriva el efecto jurídico.

El factor subjetivo no era de importancia, pues sin el empleo de formalidades exigidas no podía existir Novación, aun cuando las partes realmente hubieren querido verificarla o no, la sola observancia de las palabras sacramentales producía tal resultado.

Con el pasar del tiempo la rigidez de ésta figura cambio, tomando una nueva estructura debido a la introducción de una corriente renovadora que se percibe

en el Derecho Romano como consecuencia de un proceso de espiritualización en los tratos jurídicos.

La inflexibilidad inicial en cuanto a las formas fue cediendo, dando paso al elemento de la voluntad de las partes, ésta evolución iniciada en el último estadio del derecho clásico, se desarrolla en la época de Justiniano, en donde la Novación adquiere una nueva fisonomía. El antiguo contrato solemne y formalista se convierte en un acto simple y no formal.

Se llegó a dicho resultado, después de una lenta transformación, llegándose a afirmar que la posibilidad de tener en cuenta la voluntad de las partes fuera de los actos de formalismo demarca el comienzo de la decadencia de los antiguos principios.

Finalmente, la voluntad deviene soberana y todo el armazón formalista se desmorona en forma definitiva. Es de ésta manera cómo surge la doctrina del ánimo de novar como requisito esencial de ésta figura, el vínculo volitivo reemplaza a la objetividad de la fórmula. En lo sucesivo el elemento anímico se convierte en el exclusivo generador de ésta forma extintiva (Berdejo y Sancho Rebullida 2007, 308).

En el Derecho de Justiniano se admite que el cambio de objeto causa Novación si así surge de la voluntad de las partes y concurren los demás requisitos para que ella se configure.

El antiguo Derecho Español, inspirándose en los precedentes Romanos, admite en

forma expresa ésta figura, distinguiendo su especie objetiva y subjetiva. Los principios del derecho Romano, aprehendidos por el antiguo Derecho Francés, sirvieron de fuente de casi todos los códigos posteriores, incluyendo el nuestro (Berdejo y Sancho Rebullida 2007, 308).

### **3.-Concepto de Novación a nivel de Doctrina**

Hay Novación cuando el acreedor y el deudor dan por extinguida una obligación pendiente y convienen en sustituirla por una nueva. Esta nueva obligación nacida de la Novación es la condición de la extinción de la anterior (Borda, 1846, 626).

Según (Puig 1997, 123), la Novación es la extinción de una obligación por medio de la creación de otra nueva destinada a reemplazarla.

En palabras de (Messineo 1979, 401), la Novación es un modo de extinción de la obligación, a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva.

Queda claro entonces que la Novación es el acuerdo de voluntades por el cual las partes, acreedor y deudor manifiestan indubitadamente su deseo de cambiar una obligación por otra, produciéndose la extinción de la primera y recayendo los efectos jurídicos en la que la reemplaza.

#### **4. La Novación En La Legislación Civil Peruana**

El texto legal que rige en la actualidad es el correspondiente al Código Civil de 1984 y respecto de la figura de la Novación prescribe lo siguiente:

*Artículo 1277°:” Por la Novación se sustituye una obligación por otra. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva”.*

Sujetándonos en la teoría de (Muro 2004, 681) la Novación no se caracteriza por un mero fenómeno de transformación o de cambio, sino que lo más relevante en ella es su efecto extintivo y generador a la vez; por lo que sería más exacto decir que ésta es la extinción de una obligación mediante su reemplazo o sustitución por otra nueva obligación.

Cabe precisar que la Novación no equivale al pago, es una forma distinta de extinguir obligaciones, de modo que quien nova no paga, pues no cumple en sentido efectivo y estricto con la obligación asumida.

#### **5.- Requisitos:**

Los requisitos expresados a continuación son esenciales para la configuración de la Novación, fluyen del dispositivo 1277° del Código Civil vigente.

##### **5.1. Preexistencia de una obligación:**

Es evidente que si por la Novación se extingue una obligación, ésta debe previamente

existir, con la precisión de que debe ser válida al tiempo de celebrarse el acuerdo. Si la obligación que se pretende novar es nula no puede haber Novación, en cambio sí es solo anulable la Novación es posible si las partes, conociendo el vicio asumen la nueva obligación, esto se encuentra regulado en el art 1286 C.C vigente.

No se exige, que la obligación materia de Novación sea eficaz al tiempo de celebrarse el acuerdo novatorio desde que los efectos pueden haberse diferido o suspendido por voluntad de las partes, y en todo caso es irrelevante esa exigencia en la medida que el destino de la obligación es su extinción.

Es claro que la obligación a novar puede estar en proceso de ejecución, que es lo más frecuente, pero de ninguna manera debe estar totalmente ejecutada, de lo contrario no sería posible la Novación (Muro 2004, 683).

## **5.2 Creación de una nueva obligación:**

Es el efecto intrínseco propio de la Novación como institución, para que ésta se logre debe producirse un cambio sustancial en la obligación, pues de ser accesorio, no habría Novación, ello según lo dispuesto en el dispositivo 1279° del Código Civil de 1984 vigente.

Según (Muro 2004, 683) si la obligación creada en virtud de la Novación es declarada nula, la primitiva obligación recobra sus efectos, vuelve a tener validez, pero no así las garantías otorgadas por terceros, las mismas que el acreedor no puede invocar Art 1287° del C.C.

Tal afirmación es acertada en tanto hay algunos autores que usan el término “revivir la obligación primitiva”, siendo más congruente hablar de recobrar sus efectos pues



al ser la nulidad un recurso por el cual se demuestra la ausencia de un elemento estructural que importa la existencia del acto jurídico, su declaración significaría que éste nunca existió.

### **5.3 La Voluntad De Novar**

La Novación supone la extinción de una obligación y la consecuente creación de una nueva, no cabe duda de que es requisito necesario que las partes dejen constancia de su voluntad de novar.

La mayoría de doctrina infiere que el cumplimiento de ésta exigencia es fundamental para producir los efectos extintivos-creadores de la Novación; en caso contrario, puede ocurrir que la ausencia del *animus novandi* ocasione que ésta no se produzca y, en consecuencia, coexistan dos obligaciones simultáneamente, de manera que el deudor estaría obligado al cumplimiento de ambas.

La regla establecida por el dispositivo 1277° del código vigente es clara en exigir la voluntad de novar, en tal sentido la Novación no puede darse por presunción, la voluntad de novar no necesariamente debe ser manifestada en forma expresa, habida cuenta que aquí han de aplicarse las normas generales sobre la manifestación de voluntad en los actos jurídicos.

El artículo precedente indica que el *animus novandi* se debe manifestar indubitadamente, y esto puede ocurrir tanto en caso de manifestación expresa o manifestación tácita que por cierto se ha tratado oportunamente en el rubro referente a la Dación en Pago.

Finalmente cabe mencionar que el requisito de la voluntad de novar de las partes intervinientes en la Novación, tiene como excepciones el caso de la Novación Subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de ex promisión (artículo 1282°) y la Novación que opera por imperio de la ley.

#### **6. Efectos de la Novación.**

La Novación produce la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva, es decir se caracteriza por tener doble efecto, así (Barandiaran 1988, 3) afirma que la Novación es un instituto jurídico de carácter difórmico pues de un lado extingue una obligación y de otro lado la genera.

En cuanto a los efectos de ésta figura jurídica (Messineo 1979, 401) es de la idea que la extinción de la obligación originaria y la sustitución por una obligación nueva, son efectos interdependientes e inseparables, que generan un efecto único y complejo.

Por su parte (Lafaille 1943, 371) tiene un criterio similar al afirmar que la Novación tiene por fin inmediato poner término a un derecho y dar nacimiento a otro, el segundo derecho no surge del primero, aun cuando este último suela considerarse como la causa, o mejor dicho, la fuente del nexo jurídico que subsiste. El nuevo derecho tiene su origen en el acto novatorio, que pone fin al uno para dar vida al siguiente.

(Osterling y Castillo 2008) Agregan que el efecto de la Novación no está subordinado al cumplimiento efectivo de la nueva deuda, pues la extinción

de la obligación anterior se produce de manera definitiva y sin depender del futuro cumplimiento de la nueva.

Sobre las garantías de la obligación novada, al determinar la Novación la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte, pues al desaparecer la obligación preexistente, cesan de igual modo las garantías relativas a ella.

Sin embargo según el dispositivo 1283° del C.C se podría admitir ciertas excepciones como por ejemplo:

En lo relativo a la conservación convencional de las garantías, el principio según el cual la Novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias, es susceptible de modificarse cuando interviene un pacto expreso. Pero para que dicha salvedad sea eficaz, no sólo ha de ser categórica, sino también manifestada previamente o de manera simultánea a la voluntad de novar.

La Ley Peruana exige, para estos casos, "pacto expreso". Así lo establece el artículo 141°, del Código Civil, al prescribir que no puede considerarse que exista manifestación tácita cuando la ley exige manifestación expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Para enfatizar los efectos que produce la figura novatoria se finaliza señalando que todos ellos recaen y son exigibles solo respecto de la nueva deuda resultante del acuerdo novatorio. Por esta razón, todas las disposiciones generales del pago y

aquellas especiales que rigen el pago de intereses le son aplicables a la nueva relación obligatoria.

Habiendo determinado los principales efectos de la Novación es momento de conocer las clases que ésta presenta, así tenemos que ésta puede ser objetiva o subjetiva, a continuación se desarrollará de forma detallada el tratamiento de la primera por ser la pertinente en la presente investigación.

De forma preliminar se puede decir que es curioso que tratándose de la modalidad más importante de la Novación no haya sido regulada expresamente en el Código Civil de 1936, sin embargo podía inferirse de una interpretación contraria de lo establecido en segundo párrafo del artículo 1290° de dicho código.

Según el dispositivo bajo comentario, las estipulaciones que no se referían al objeto principal, serían consideradas como que solo modifican la obligación; por lo que se puede inferir que los acuerdos que si se referían a éste no se consideraban como simples modificaciones, si no que causaban la Novación de dicha obligación. (Muro 2004, 682).

## **7.- Novación Objetiva**

### **7.1 Antecedes legislativos de la Novación Objetiva**

La Novación Objetiva no registra antecedentes en el Proyecto del Código Civil de Manuel Lorenzo Vidaurre, de 1836.

El Código Civil de 1852 lo disponía en el artículo 2265°:” *En las novaciones, o se conservan las mismas personas acreedoras y deudoras, pero mudándose la deuda o causa de deber, o, se muda una de las personas, constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo, o poniéndose un nuevo acreedor en lugar del anterior*”.

Por su parte el Proyecto del Código Civil de 1890 legisló la materia en el Artículo 2996°:” *En la novación, o se muda la calidad de la obligación o la causa de deber, o se cambia el acreedor, o se sustituye un nuevo deudor al primitivo.*

Dentro del Proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, trataba el tema en su artículo 139°: “*La obligación se extingue cuando las partes sustituyan a la obligación originaria por una nueva obligación con objeto o título diverso*”

En tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi en el año 1980, lo hacía en el artículo 133°: “*Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente*”

El proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, estableció en su artículo 1296°: “*Hay novación objetiva cuando el acreedor y deudor sustituyen la obligación originaria por otra, con prestación distinta o a título diferente*”.

El Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, dispuso en el numeral 1245°: “*Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación*

*primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente”.*

### **8.- Concepto de Novación Objetiva en el Código Civil vigente:**

Artículo 1278º: *“Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra con prestación distinta o a título diferente”.*

### **9.-Definición Doctrinaria:**

Según (Carbonell 1997, 1279) la Novación Objetiva se presenta cuando el mismo acreedor y deudor sustituyen la antigua obligación por otra nueva, ya sea con una prestación distinta o por un título diferente, es decir se mantiene tanto el acreedor como el deudor pero cambia la obligación.

### **10. Requisitos de la Novación Objetiva**

En esencia son los mismos señalados para la Novación con la incidencia que recae en la prestación de la obligación y no en los sujetos, se mencionan de manera enunciativa a continuación:

- Una obligación anterior que se extingue.
- Una obligación siguiente que se diferencia de la primera y la sustituye.
- Voluntad de novar.

### **11.- Naturaleza de la Novación Objetiva**

Hay quienes consideran a la Novación como un contrato, por cuanto se extingue una relación obligatoria y crea otra que la sustituye, sin embargo según (Trigo 1984, 248)

resulta más exacto aseverar que se trata de una convención liberatoria, que implica un acto jurídico bilateral que tiene como fin inmediato extinguir y crear simultáneamente obligaciones.

Para otros la Novación es un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas al igual que de los contratos, por cuanto da nacimiento a una obligación nueva (Olivera 2004, 354).

La Novación es un modo directo de extinguir las obligaciones, porque el consentimiento de las partes tiende precisamente a producir éste efecto, pues si la intención de éstas se limita a modificar una obligación preexistente no estaríamos frente a ese acto complejo que estructura la Novación, sino a una simple convención modificatoria de relaciones jurídicas. (Olivera 2004, 354).

La Novación Objetiva es aquella en la que el cambio recae sobre la prestación, la causa o el propio vínculo obligatorio, en tanto suceda alguna modificación sustancial que permita configurar la relación obligacional jurídicamente distinta de la anterior que se sustituye (Cazeux y Trigo 1984, 255).

La Novación Objetiva es un acto entre las mismas partes acreedoras o deudoras, que modifica sustancialmente el objeto, la causa o el vínculo obligacional. (Boffi 1979, 320)

La Novación Objetiva es una relación que media entre los mismos sujetos de la obligación originaria, y tiende a sustituir otra obligación con objeto o título diverso a la precedente, de manera que el deudor está actualmente obligado por la nueva obligación

(Messineo 1979, 402)

La Novación Objetiva se caracteriza por haberse introducido una innovación en la causa de deber, o bien en la prestación debida. Si el cambio no incide en la causa de la obligación, o en lo esencial del objeto debido inicialmente, no hay Novación sino persistencia de una sola obligación, pese a las alteraciones accidentales que pueda haber sufrido. (Llambias y Benegas 2005, 39).

Mi punto de vista va acorde con la postura que califica a la Novación como un contrato extintivo y creador de obligaciones de manera simultánea, se entiende que ésta se produce por el acuerdo entre acreedor y deudor de modificar la obligación primitiva por otra, sobre la que recaen todos los efectos jurídicos.

Si bien la Novación objetiva opera por el cambio en la prestación o cambio en el título o fuente, se tratará solamente la primera modalidad en tanto es la relacionada con la investigación.

## **12.- Novación Objetiva por cambio en la Prestación**

Ocurre Novación Objetiva por cambio de prestación cuando las partes acreedor y deudor han convenido en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro. Es fundamental el cambio esencial en la relación obligatoria, siendo, sólo las modificaciones sustanciales en la prestación, las que producirán Novación por cambio de objeto.

Según (Llambias y Benegas 2005, 39) existe Novación por cambio de objeto cuando la



segunda obligación altera esencialmente la prestación primitiva o introduce en el modo de satisfacerla un cambio de trascendencia o alteración de importancia. En tal sentido, hay Novación cuando se sustituye una deuda de dinero por una obligación relativa a una cosa mueble o inmueble.

En la concepción de (Boffi 1979, 320) la Novación por cambio de Objeto puede tener lugar cuando se producen cambios sobre el contenido de la prestación, entre los cuales pueden mencionarse la obligación de pagar una suma de dinero en vez de hacer entrega de una cosa o de un hacer o no hacer

Conocidas las diferentes definiciones por éstos doctrinarios tan respetables solo nos queda acotar que debemos ser muy minuciosos para considerar si un cambio sobrevenido en la obligación es suficiente para que signifique una Novación.

En cuanto al tema, nuestra normatividad Civil vigente no precisa taxativamente cuales son los supuestos en la relación obligatoria que producen Novación, no obstante, en doctrina Nacional existe consenso en considerar que se suscita un cambio esencial en el objeto debido, en los supuestos que se anotan a continuación:

- Cuando se sustituye el objeto de la obligación por otro.
- Cuando se agrega o suprime una condición a la obligación primitiva.
- Cuando una obligación que era simplemente mancomunada se convierte en Solidaria.
- Cuando se introducen variaciones sustanciales en el contenido de la prestación.
- Cuando operan cambios sobre el propio vínculo jurídico. Sería el

caso, por ejemplo, de la sustitución de una obligación natural por una civil.

Nos queda claro que en la Novación Objetiva por cambio de prestación cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva, será necesario un cambio esencial en la relación obligatoria, por lo tanto sólo las modificaciones sustanciales en la prestación producirán la creación de dicha figura.

Teniendo presente la importancia de las variaciones en la obligación es necesario describir que cambios en ella producen o no Novación, con la finalidad de tener mayor claridad en el tema.

### **13.- Cambios en la Obligación que no producen Novación**

El dispositivo 1279° del Código Civil vigente establece que cambios accesorios en la prestación no producen novación, así tenemos los que se detallan a continuación:

#### **13.1.- La Emisión de Títulos Valores**

De acuerdo con lo establecido por el numeral 1279°, la emisión de títulos valores no produce Novación.

En lo relativo a los títulos de crédito dados en pago, se analiza si hay Novación cuando el deudor, en lugar de pagar a su acreedor en las especies convenidas, le entrega títulos de crédito suscritos por él (Borja 1994, 621).

En el Código Civil de 1984 se ha estipulado con acierto que la emisión de títulos valores no constituye Novación. La emisión de un título valor respecto de una

obligación que le antecede en el tiempo, no cambia dicha obligación por una nueva, sólo trata de asegurar su cumplimiento, facilitando la cobranza del acreedor.

Siendo la Novación un acto bilateral, es necesaria la intervención de ambas partes de la relación jurídica para que se produzca, en cambio el otorgamiento de un título valor puede ser tanto un acto bilateral como unilateral, ya que para su expedición, en algunos supuestos se requiere de la intervención de una sola parte, el deudor (el cheque).

En palabras de (Castillo y Osterling 2002) Un título valor representa la prestación original y por ello no produce efectos novatorios; su objeto muchas veces es comercializar el propio título valor, descontarlo en una institución de crédito, endosarlo para pagar o garantizar obligaciones, etc.

### **13.2.- La renovación en los títulos valores**

El artículo 1279° del Código Civil también ha establecido que la renovación de títulos valores no produce Novación.

Si la emisión de un título valor no origina Novación, tampoco la generará su renovación. Por un lado, porque no se ha cambiado la obligación primigenia; y de otro, porque la renovación de un título valor simplemente varía su fecha de ejecución, por haberse producido una prórroga.

### **13.3.- La modificación de un plazo**

Prescribe el artículo 1279° del Código Civil que la modificación de un plazo no produce Novación.

La concesión de un término al deudor por el acreedor, o la renuncia por el deudor al término que le había sido precedentemente concedido, pueden hacerse sin traer consigo Novación, porque el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución.

Sobre el tema (Martínez 1993, 339) ha indicado que la modificación del plazo nunca produce Novación, la introducción o supresión del término no es una modificación sustancial de la obligación que produzca el doble efecto consistente en la extinción y creación de obligaciones, porque si el término es suspensivo no modifica sustancialmente la obligación, por no afectar su existencia sino sólo su exigibilidad, es del mismo criterio (Borja 1994, 621).

En atención a que el término no extingue la obligación primitiva ni crea una sustituta, no es una modificación sustancial de la obligación que sea constitutiva de Novación.

### **13.4.- La modificación del lugar de pago**

No hay Novación si existiesen modificaciones acerca del lugar de pago. Si el pago debía celebrarse en un lugar o sitio, y luego se conviene hacerlo en otro, no hay Novación porque también en éste supuesto la obligación es la misma.

Un ejemplo de variación intrascendente sería: una empresa con sede en el Distrito de Lima, se compromete a entregar a una persona en la misma ciudad en el Distrito de San Miguel, una maquinaria pesada. Luego de celebrado el contrato, ambas partes acuerdan que la mencionada maquinaria ya no será entregada en San Miguel sino en el Distrito de Los Olivos.

En cambio sí se habría producido Novación de la obligación, si se hubiese pactado el cambio del lugar de pago del Distrito de San Miguel en la Provincia de Lima, a la Ciudad de Jalisco en México, puesto que la ejecución de la obligación sería mucho más gravosa para el deudor, artículo 1241 del Código Civil.

Según (Castillo y Osterling 2002) para el supuesto del lugar de pago debe adoptarse una solución similar a la del caso del plazo, esto es considerar la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

#### **14.- Cambios accesorios en la obligación.**

El artículo 1279° del Código Civil prescribe en su parte final que cualquier otro cambio accesorio de la obligación no produce Novación.

Una modificación en las estipulaciones del acto celebrado que no revista trascendencia alguna no produce Novación, como podría ser el color de un auto que debe entregar una empresa distribuidora de vehículos a un cliente, o si el vehículo incluye o no equipo de sonido, en estos casos no habría Novación, sino un cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación.

La Novación requiere que el contrato modifique el vínculo y lo sustituya por

otro enteramente nuevo, que difiera de aquél por alguno de sus sujetos, o por su objeto, o por la causa, pues no produciéndose estas precisas condiciones, los cambios introducidos por el pacto son accidentales y solamente dan lugar a que subsistiendo la obligación primitiva, se modifique el régimen a ella asignado cuando fue contraída.

Es necesario efectuar también un análisis sobre aquellos cambios en la obligación que en opinión de la doctrina consultada no producen Novación. La omisión no debe interpretarse como excluyente.

#### **14.1.- Aumento en el monto de la prestación pactada.**

Según (Llambias y Benegas 2005, 50) el simple aumento o reducción del alquiler no causa Novación si no cambian las demás condiciones; pero el criterio no ha sido uniforme, pues también se ha resuelto que aquella modificación importa Novación

Sin embargo también afirman que no es posible dar una conclusión categórica, pues en cada caso hay que tener presente la voluntad de las partes. El solo cambio en el monto del alquiler no implica Novación; pero se podría llegar a otra conclusión si la diferencia de cantidad es muy importante y, especialmente, si concurren otros cambios, que en su conjunto persuadan acerca de la existencia de una nueva obligación.

En el Ordenamiento Jurídico Peruano no sería posible sostener lo contrario, basándonos en el principio de integridad en el pago, ya que luego de producido el acuerdo novatorio el deudor deberá una cantidad mayor que aquella originalmente adeudada; y no podrá cumplir pagando la suma convenida en un inicio, pues de

intentar hacerlo su acreedor podría rechazar ese pago parcial, conforme a lo previsto por el artículo 1221° del Código Civil.

El criterio de la legislación es compartida en la medida en que exista un aumento en el monto de la prestación, es decir, en la cantidad del número de unidades de que consta la misma, habrá siempre Novación objetiva por cambio en la prestación.

#### **14.2.- La Disminución del monto inicial de la prestación.**

La reducción del monto de la prestación originaria es otro de los puntos controvertidos en cuanto a su calificación de acto novatorio, en ese sentido hay quienes opinan que no puede haber Novación cuando la segunda obligación quita una especie, género o cantidad a la primera, porque esta mutación no afecta la estructura jurídica de la obligación primitiva.

El tema de la reducción del monto de la deuda podría interpretarse en dos sentidos, el primero, que hay Novación objetiva, para lo cual podrían esgrimirse las mismas consideraciones anotadas anteriormente y el segundo, en apreciar el tema desde la perspectiva de una condonación parcial de la obligación, vale decir, que dicha reducción se origina en el perdón de una parte de la deuda que se conviene entre acreedor y deudor.

En éste caso tampoco se puede establecer un principio o regla general que otorgue una solución definitiva y absoluta a la controversia; en tal sentido, tendrá que apreciarse, necesariamente, la manera cómo se ha contraído la obligación, así como los términos empleados en ella, para determinar si se trata de una u otra figura jurídica

Se deberá excluir de este supuesto a aquellos casos en los cuales el deudor efectúa amortizaciones parciales de la deuda, en este caso no estamos en presencia de Novación alguna, pues para dichos pagos parciales no media la intención de las partes de convertir su obligación en otra, sino la voluntad de extinguirla gradualmente, sin recurrir a la creación de otra nueva obligación.

### **14.3.-El Cambio de moneda**

Otro de los supuestos que suscita polémica sobre la Novación objetiva es el relacionado a la variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda, en el entendido de que en la nueva moneda convenida, tanto la anterior como la antigua obligación son inicialmente de igual valor.

Cuando se celebra un contrato donde una parte se obliga a cumplir determinada prestación a cambio de recibir una cantidad en nuevos soles, y luego acuerdan que a cambio de la mencionada prestación no se entregara la cantidad estipulada sino su equivalente en dólares, aquí si se habría producido Novación.

En caso que las partes acordaran el cambio de moneda para una obligación dineraria, se trataría de un supuesto de Novación objetiva, ya que ambas obligaciones (la de pagar con moneda nacional y la de pagar con moneda extranjera) tendrían consecuencias diferentes, pues originaría una modificación del monto de la prestación primitiva, el mismo que podría llegar a ser sustancial (Castillo y Osterling 2002).

Tener una deuda en nuevos soles, moneda usualmente débil es distinta que adeudar francos Suizos moneda sólida. Una razón para considerar al cambio de moneda en la



obligación como novatoria, sería el hecho de que, en caso de existir garantes (fiadores), no se les podría exigir que continuaran obligados por una prestación distinta, que podría llegar a ser bastante más onerosa que la primigenia.

Se debe aclarar que no se hace referencia a la aplicación del artículo 1237° del Código Civil, el cual señala que el pago de una deuda en moneda extranjera, salvo pacto en contrario, puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

La moneda extranjera, en el supuesto planteado por dicho artículo, se encuentra *in obligatione*, es la moneda de contrato. En cambio, la moneda nacional se encuentra *in facultate solutionis*, es la moneda de pago.

El dispositivo bajo comentario ha estipulado una obligación facultativa legal. Es decir, el deudor puede escoger entre pagar en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda Nacional, en sustitución de la extranjera, al tipo de cambio indicado por el mismo precepto.

Lo contrario sucedería cuando las partes deciden transformar esa obligación contraída en moneda extranjera, sin que todavía se efectúe el pago en moneda nacional. En este supuesto se produce un cambio sustancial en el objeto de la obligación.

Otros supuestos discutibles de Novación objetiva por cambio de prestación es el aumento, reducción o supresión de la tasa de interés.

Para un representante de la doctrina nacional en ninguno de tales casos existe Novación. La modificación de la tasa de interés de una obligación no puede configurar un supuesto novatorio. Ello en virtud de que los intereses son accesorios de la obligación principal. (Castillo y Osterling 2002).

Apoya el mismo criterio (Pimentel, Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano 1990, 615) al afirmar que la adición o supresión de una cláusula penal en una relación obligacional no genera efectos novatorios.

Exista o no cláusula penal, la obligación principal será la misma, la inclusión o supresión de ésta sólo tendrá efectos de producirse el hecho para cuya seguridad se ha pactado, independientemente del contenido de la obligación principal, el mismo que permanece intacto.

## **15.- La Novación Objetiva en el Derecho Comparado**

### **15.1. Sudamérica**

El Código Civil de Chile tipifica a la Novación como la sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda extinguida, advirtiéndose que para que ésta se produzca, la obligación primitiva y el contrato de Novación deben ser válidos, y debe expresarse la voluntad de las partes para celebrar el acto novatorio, porque de no aparecer se mantiene la obligación antigua.

Sin embargo del artículo 1631° se puede deducir imprecisión al exponer que la sustitución de una obligación por otra importa Novación, su redacción puede dar lugar a confusión, pudiéndose suponer Novación ante cualquier tipo de cambio

en la obligación primitiva. La Novación en este sistema jurídico siempre tiene como resultado la extinción de los intereses generales de la primera obligación, si no se expresa lo contrario.

La Novación en el Código Civil de Uruguay, se encuentra regulada en el artículo 1525°, el cual señala que es la sustitución de una nueva obligación a la antigua que queda extinguida. Según el dispositivo 1526° del mismo Código la Novación se da respecto de la prestación y los sujetos de la obligación.

La Novación en el Código Civil de Colombia se encuentra regulada en los artículos 1687° al 1710°, y consiste en el cambio que se hace de una obligación por otra nueva que extingue la primera.

Entre los requisitos para su configuración se encuentran la declaración de las partes que desean novar la obligación primitiva, o que se deduzca del contenido del contrato la intención de novar, de lo contrario se considerará como coexistentes ambas obligaciones.

Según lo establecido en artículo 1690° del Código Civil de Colombia, la Novación se puede presentar de manera objetiva y subjetiva.

Por otro lado el Código Civil de Bolivia regula dicha figura en su artículo 352°, la misma que estipula que se extingue la obligación cuando se la sustituye por otra nueva con objeto o título diverso.

El precepto 353° del Código mencionado indica que la voluntad de novar no

se presume y debe resultar de modo inequívoco. Extender o renovar un documento, oponer o eliminar un término y cualquier modificación accesoria de la obligación no implican voluntad de novar.

#### **15.1.1.-Argentina**

El Código Civil Argentino regula a la Novación de los artículos 801° a 817°, definiéndola como la transformación de una obligación en otra; la obligación que le sirve de base a la nueva, debe ser válida y estar aún vigente, para que exista Novación.

Si los sujetos o uno de ellos eran incapaces en la primera obligación no puede haber Novación. La primera será nula por falta de capacidad de las partes, y la segunda una obligación distinta e independiente de la primera.

Si la Novación se produce, la obligación anterior se extingue con todos sus accesorios, salvo que el acreedor se reserve el derecho de transferir a la nueva obligación los privilegios y garantías que gozara la primera, o salvo que los bienes hipotecados o prendados pertenecieran a un tercero que no fue parte en la Novación.

En cuanto a la capacidad para realizar una Novación es la que se requiere para contratar, los representantes del acreedor necesitan poderes especiales para poder novar. En los casos de acreedores o deudores solidarios, si uno solo de ellos realiza Novación afecta a los restantes, y la obligación primitiva queda extinguida para todos.

La intención de novar ya exigida por Justiniano es tomada también por la legislación

Argentina que expresa en el artículo 812° del Código Civil, que *“la Novación no se presume, debe estar claramente expresada, o que la segunda obligación sea incompatible con la primera”*.

No se considerará Novación a las modificaciones no esenciales, así lo señala un reconocido jurista Argentino quien considera que en la Novación objetiva se cambia la prestación, por ejemplo: cuando se sustituye la obligación de dar suma de dinero por la de entregar una cosa, o la obligación de prestar un servicio por la de dar una suma de dinero (Borda, 1998, 633).

Al igual que el tratadista mencionado, se considera que la Novación debe importar un cambio al menos en uno de los elementos esenciales y constitutivos de la obligación, para que se tenga verdaderamente una nueva; por tanto no produce Novación la modificación de elementos accesorios de la obligación.

## **15.2. Europa**

En el Código Civil Alemán, la Novación no está legislada en especial, sino que se considera solamente algunos aspectos de lo que se podría llamar Novación subjetiva cuando éste código dedica atención especial a la llamada asunción de la deuda o cesión de deuda, que no es otro caso que una Novación por cambio de deudor.

Esto explica porque desde el momento en que la Novación es considerada como una figura contractual, se aplican todas las disposiciones relacionadas con los contratos y en muchos casos las disposiciones de la Dación en Pago, porque se entiende que la

Novación es como si se hubiera realizado una Dación en Pago. Se aparece pagando una obligación mediante la creación de otra, es decir que con la obligación nueva se paga la anterior.

El Código Civil Suizo, el Código Civil Italiano de 1942 y el Código Civil Polaco, solo legislan sobre la Novación objetiva, y la Novación por cambio de sujeto está absorbida por la cesión de créditos.

### **15.2.1 España:**

El Código Civil de España regula a la Novación como un modo de extinción de las obligaciones, que consiste en la modificación objetiva sustancial o subjetiva, de una obligación por otra que la sustituye. Se diferencia de los demás modos de extinción, en que se rompe por completo el vínculo jurídico preestablecido dejando en su lugar otro; además se funda en la utilidad o conveniencia de las partes.

En cuanto a la precisión conceptual de la Novación según (Puig, 1997, 124) se denota ambigüedad e imprecisión pues aparece como una forma de extinción de las obligaciones, según se desprende del artículo 1156° del Código Civil Español, y también se alude a la modificación de una obligación como forma de extinción, dotada de una gran amplitud.

Es así que el dispositivo 1203° del Código Civil Español, establece que las partes de una relación obligatoria pueden modificarla, (sin perjuicio de que la extingan en los supuestos del artículo 1204), cambiando su causa, su objeto o sus condiciones principales.

Desde esta óptica se ha desencadenado una corriente jurisprudencial que exige

la utilización de la llamada Novación modificativa, produciéndose en tal sentido una influencia negativa al otorgarse la connotación de modificatoria a la figura de la Novación.

El Tribunal Supremo ha defendiendo la existencia de esta institución, donde se admiten las dos formas de Novación, la extintiva y la modificativa; así (Puig 1997, 126) considera que el deslinde entre una y otra debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación introducida, sin embargo los límites imprecisos obligan a analizar cada caso en concreto.

De la misma manera afirma que la Novación extintiva no se presume, ni puede inferirse, ha de resultar acreditada por quién alega su existencia, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, de manera que en los casos dudosos se ha de suponer que la voluntad de las partes es el efecto más débil, es decir la modificación no extintiva de la obligación o Novación modificativa, cuya existencia se presume.

Cuando se ha introducido una variación meramente cuantitativa, es probable que las partes no hayan querido sustituir una obligación por otra, sobre todo cuando se trata de reducción de la cuantía de una deuda pecuniaria, sin embargo no podrá afirmarse lo mismo, si en lugar de disminuir, resulta aumentada la cuantía de la deuda, Sería preciso considerar la conveniencia o no de mantener ligado al deudor bajo las mismas modalidades pactadas para una deuda de cuantía inferior.

En criterio de (Segarra 2003, 279) la interpretación del artículo 1203° del Código

Civil Español requiere cuestionar que se entiende por variación de objeto. Se considera que el objeto sobre el que recae la Novación, no se debe entender en sentido técnico y restrictivo, referido al esquema obligacional, si no en un sentido amplio que comprendan los elementos restantes de la relación obligatoria.

El Tribunal Supremo enumero como requisito esencial la disparidad entre ambas obligaciones ( *ss. de 1 de diciembre de 1951 y 9 de abril de 1957*), se acoge además el criterio de principalidad, pues la segunda obligación ha de variar de lo que fue objeto de la primera o alterar alguna de sus condiciones principales, no hay extinción de la primera, cuando la segunda introduce solo meras modificaciones, menos si la nueva se constituye para facilitar solo el cumplimiento de la precedente aun no cumplida.

Ello lo ha confirmado la Jurisprudencia en varias sentencias tales como *SS. De fecha 3 de octubre de 1985, 20 de febrero de 1986, y 26 de enero de 1988*. El deslinde entre una y otra Novación, ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca (*ss. de 3 octubre de 1985, 8 de octubre de 1986 y 16 de diciembre de 1987*).

Una variación tan exigua que no desfigure la obligación, no puede ser opuesta a terceros como extintiva de la obligación anterior, ésta es la misma, simplemente retocada.

En efecto se puede observar que la Ley Civil Española da a la Novación un



doble matiz, así tenemos a la Novación como una forma de extinguir las obligaciones y también como una forma de modificarlas, considero que ambas cosas son totalmente distintas y que no deben confundirse por cuanto no toda modificación importara Novación.

### **SUBCAPITULO III**

### **BASES TEÓRICAS**

#### **3.1.-La Dación en Pago diferente a la Novación por cambio de objeto**

Las teorías que se despliegan a continuación, representan a la posición que se encuentra a favor de la autonomía jurídica de la Dación en Pago, se nombraran en primer lugar los fundamentos de la Comisión Revisora, para después mencionar a los de la doctrina.

Uno de los principales fundamentos por los que la Comisión Revisora incluyó la Dación en Pago en el articulado del Código Civil fue por considerar que en ella no se crea un nuevo vínculo, sino que solo constituye un pago definitivo, por ello se debe diferenciar de la Novación donde si ocurre tal creación.

En ese sentido se puede deducir que según éste criterio, la sustitución de la prestación primigenia realizada en el acuerdo de Dación en Pago no significa que se haya creado una nueva obligación, sino más bien un medio de pago. La doctrina que coincide con tal idea afirma lo siguiente:

En la Dación en Pago solo se sustituye el objeto de pago. Mientras que en la Novación se crea una nueva obligación que sustituye a la anterior, en la Dación en pago se extingue la obligación sin que subsista ninguna nueva obligación. (Carbonell 1997, 5306).

En la Dación en Pago se sustituye únicamente el objeto del cumplimiento por otro, mientras que en la Novación objetiva se crea una nueva obligación, sustituyendo la relación obligatoria entera, por consiguiente la Dación en Pago se refiere a la fase de cumplimiento y es simultáneo a éste, la Novación en cambio está referida a la fase constitutiva. (Messineo 1979, 402).

Comparten la misma idea (Llambias y Benegas 2005, 454) y (Ospina 2008, 397) afirmando que es inexacta la tesis que imbuida por la identificación de la Dación en Pago con la Novación, pretende ver en aquella un contrato productivo de obligación. Con igual criterio (Moisset 2004, 640) señala que en la Dación en Pago no hay ninguna transformación ni modificación, ni ningún cambio. Lisa y llanamente provoca la extinción definitiva total, no quedando ni rastro de la obligación primitiva, no surgen ni si quiera apariencias de una nueva obligación. Es de la misma corriente (Palacio 2002, 566).

Uno de los representantes de la Comisión Revisora agrega, que la obligación de dar en pago algo distinto de lo debido, se inserta en la obligación primigenia, creando solamente un nuevo medio de extinguirla. La nueva obligación, lejos de ser del todo incompatible con la antigua, presupone la existencia y subsistencia de ésta. (Cárdenas 2000, 696).

Otra de las perspectivas del Código Civil, por las que diferencian a la Dación en Pago de la Novación Objetiva, está referida la rapidez con la que se sucede en el tiempo la celebración del convenio de *Datio in solutum* y su ejecución, hecho que no ocurre en la Novación.

Así (Cárdenas 2000, 696) señala que si la Dación en Pago y la Novación fueran lo mismo, la liberación del deudor no debería quedar sujeta a la ejecución efectiva de la prestación de entrega, si no que debería bastar para ello el simple hecho de la conformidad del acreedor para que le sea entregado el bien.

Con la misma perspectiva (Romero 2001, 188) respalda tal fundamento, al indicar que si la ejecución del acuerdo de sustitución de prestaciones se produce inmediatamente, se estará frente a una Dación en Pago, y si la ejecución se realiza con posterioridad, es decir después de un plazo es Novación Objetiva por cambio de prestación.

Otro de los elementos que según doctrina diferencian a la Dación en Pago de la Novación Objetiva, está referido al *ánimus solvendi*, que no es otra cosa que la intención de desobligarse más no, la de novar la obligación primigenia. (Bustamante 1965, 484).

En la misma línea de pensamiento se considera que la Dación en Pago no es más que la ejecución de una prestación distinta de la convenida, aceptada por el acreedor, con el *animus solvendi* que es el elemento diferenciador. (Vásquez 2004, 338).

En tal sentido, se concluye que si no está clara la intención de las partes sobre si la prestación distinta de la inicial es o no realizada como Dación en Pago, ésta no podría configurarse.

También se ha agregado que si bien la teoría de asimilar la figura de Dación en Pago a la Novación Objetiva no causa inconvenientes prácticos, los tiene en el plano teórico, pues resulta demasiado complicado, ver en la esencia de la Dación en Pago una Novación.

Ello porque con la *Datio in Solutum* no se piensa en crear ninguna nueva obligación, sino simplemente se piensa en utilizar un nuevo medio de pago, es decir, existe una obligación no ejecutada y lo que se quiere es pagar esa obligación con una prestación distinta.

Otro de los rubros defendidos por la doctrina, sostienen que la Dación en Pago opera únicamente sobre deudas exigibles, toda vez que solo es posible convenir *datio in solutum* el día del vencimiento de la deuda y no con anterioridad. (Serrano 1978, 430).

Otro de los criterios manejados asume que para que opere la figura de Dación en Pago, se tiene que estar ante la imposibilidad de cumplir con la prestación originaria, situación que no es necesaria para realizar un acuerdo de Novación.

Así también tenemos uno de los rubros más controversiales de la Dación en Pago, que no es otra cosa que la vinculación que se le hace con la compra venta, aceptada por unos criticada por otros, pero que sin embargo en nuestra legislación civil

peruana ha sido tipificada en el artículo 1266° del Código Civil vigente.

Este artículo permite la aplicación a la Dación en Pago de las reglas de la Compraventa, siempre que la cosa dada en pago se haya determinado, es decir cuando se trata de un bien y queda determinada la cantidad por la cual el acreedor la recibe; se entiende que ésta cantidad es en realidad el precio de dicho bien.

La doctrina española que comparte este criterio entiende que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo esencial de éste contrato es decir el consentimiento, la cosa y el precio.

De esta manera se entiende que la aplicación de las reglas de la compraventa a la Dación en Pago fue la de lograr el saneamiento, si luego de producida ésta última aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien.

De la asimilación a la que se viene haciendo referencia, la jurisprudencia ha admitido que el acreedor que pierda por evicción la cosa recibida en pago puede ejercitar la acción de garantía por evicción o por vicios ocultos, lo mismo que ampara a un comprador.

Al margen de la postura adoptada por el Código Civil, un representante de la Comisión revisora del Código Civil y por cierto defensor de la autonomía de la Dación en Pago (Cárdenas 2000, 696), señaló que no se debe perder de vista además que en la en ésta figura se presenta una situación similar a la que se produce en las obligaciones con facultad de sustitución.

### **3.2 La Dación en Pago como Novación por cambio de objeto.**

Habiendo culminado con la descripción de las principales teorías que defienden la autonomía de la Dación en Pago, es momento de dar a conocer las que creen que ésta es parte de la Novación por cambio de Objeto.

Así dentro de nuestra doctrina Nacional uno de los mayores defensores de ésta teoría es (Castillo 2008) quien manifiesta que se reconocería autonomía conceptual a la Dación en Pago, si al realizar el cambio de prestación subsistiera la misma obligación.

En ese sentido se entiende que en la Dación en Pago las partes convienen irrevocablemente en la extinción de la antigua obligación, de lo contrario no podría cumplirse la nueva prestación que por cierto ha dado origen a una nueva obligación.

Así importantes doctrinarios han señalado que con la Dación en Pago lo que surge en rigor de derecho es una nueva obligación y ésta dura apenas un instante. (Carbonell, Lanzón y Mosquera 1997, 5311)

La mayoría de la doctrina considera al objeto como parte fundamental en la obligación, entonces no es posible variarlo sin extinguir la obligación primigenia, son de ésta idea (Salvat 1952, 485), (Castillo 2008), (Velaochaga 1991, 108), (Planiol y Ripert 1945, 589).

Conjuntamente a lo esencial que importa el cambio de objeto en una obligación, se debe tener a bien que la sola intención de las partes, desprendida del ordenamiento, no es la que debe tenerse en cuenta para resolver la esencia jurídica de una figura

determinada. (Cazeux y Trigo Represas).

(Castillo 2008) Ha señalado que en la Dación en Pago, no cabe duda alguna de que en ambas partes está presente, y de la manera más clara, el *animus novandi*, en la medida que de modo expreso, cambian una obligación por otra.

Por otro lado en cuanto a la rapidez que hay entre el convenio de la Dación en Pago y su la ejecución, la doctrina se pronunciado:

Se entiende que la extinción de la obligación original resulta ineludible, independientemente de la magnitud del lapso de tiempo que medie entre el acuerdo de Dación en Pago y el cumplimiento de la nueva obligación que de tal acuerdo emane. (Castillo 2008).

La Dación en Pago constituye una forma de Novación, ya que al producirse el acuerdo de voluntades y la aceptación de la entrega de la prestación distinta se está novando, aunque la aparente diferencia radique en el tiempo o plazo transcurrido (Goyoneche 2009).

Para otros, lo que hay es una Novación seguida de cumplimiento inmediato. Se admite que hay pago, pero de la nueva obligación. La circunstancia de que la Novación y el cumplimiento de la nueva obligación se produzcan en el mismo instante no elimina la realidad del proceso jurídico. (*Lafaille, de Gasperi, Baudry Lacantinerie y Barde, Marcade, Planiol- Ripert, Josserand*).

En cuanto a la afirmación que la Dación en Pago opera únicamente sobre

deudas exigibles, la doctrina subraya lo siguiente:

Cuando el objeto de una prestación deviene en imposible de ejecutar, la obligación se extingue, resultando de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1137° y 1138° del Código Civil Peruano. (Castillo 2008)

En cuanto a la proyección que realiza el dispositivo 1266° del C. C vigente al asimilar la Dación en Pago al régimen del contrato de Compraventa, la doctrina difiere señalando:

(Diez Picazo y Gullon 1985, 256), sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribe al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo da una cosa, de modo que no serviría para explicar la Dación en Pago cuando ese deudor ejecutase un *facere* o el acreedor tuviese derecho a un *facere* del deudor, y éste entregase una cosa para liberarse.

Con la misma concepción Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez, objeta la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de Compraventa, ya que tan solo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero o viceversa, fuera de estos casos, no es posible equipararlas.

Frente al motivo de haber asimilado la Dación en Pago a la Compraventa con finalidad de permitir ejercitar las acciones correspondientes en caso de evicción, la doctrina ha señalado:



En opinión de un reconocido doctrinario Nacional hay que descartar esta tesis, partiendo de que la obligación se extingue por la Dación en Pago, y en principio, no renace después, el acreedor sufre evicción de lo que le fue dado en pago. (Albadalejo 1997). (Valencia 1988, 424) Agrega que extinto el crédito anterior, las nuevas relaciones que se establezcan entre deudor y acreedor recaerán exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago.

Son de la misma idea representantes de la doctrina Alemana, al sostener que si el objeto prestado le es eviccionado por un tercero al acreedor, éste no puede invocar su antiguo crédito, pues lo ha extinguido definitivamente a cambio del objeto dado en pago. (Enneccerus, Ludwig, Kipp y Wolf 1950, 320,321).

Un doctrinario Argentino destacado, considera además que el acreedor solo tendrá derecho a ser indemnizado como comprador, mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva. (Borda 1998, 624).

En lo referente a las obligaciones facultativas, se deberá entender que éstas conceden al deudor la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación sustitutoria, previamente establecida, distinta a la prestación debida. (Velaochaga 1991, 117).

### **CAPITULO III**

#### **DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

Para el diseño de contrastación se ha analizado la figura de Dación en Pago desde su origen en Roma, pasando por sus diversos estadios hasta llegar al tratamiento Jurídico actual que le ha otorgado el Código Civil Peruano. Ello con el propósito de conocer la evolución de dicha figura jurídica, lo que sin duda nos permitió una perspectiva mucho más amplia y consistente sobre los fundamentos normativos que han inspirado a nuestros legisladores para su regulación como institución autónoma.

Como todo trabajo de investigación, se inició con la idea, que posterior a la recolección y lectura de información, se concretó en un proyecto de tesis, el cual fue aprobado para la respectiva ejecución del informe final, teniendo como resultado la tesis que se propone.

Para conseguir la misma, como lo vengo señalando, se pasó por varias etapas, la recolección de información, la selección y estudio de la misma, para dar paso a la sistematización y redacción correspondiente a los diversos Capítulos del informe de tesis que son cinco y se desarrollaron de la siguiente manera.

Introducción, Marco Teórico, el diseño y contrastación de la hipótesis, resultados, Discusión, Conclusiones y Recomendaciones.

En el contenido de éstos capítulos se trabajó con doctrina Nacional e Internacional encontrándose diversidad de opiniones, en cuanto a la Dación en Pago como supuesto de Novación Objetiva, concluyéndose que al cambiar el objeto de una obligación y reemplazarlo por otro, no solo se extingue la primera obligación sino se da creación a una segunda.

Para arribar a dicha conclusión se elaboró un análisis de la Novación por cambio de Objeto así como de la Dación en Pago, con la finalidad de conocer su composición, sus elementos, efectos, para proceder posteriormente a explicar porque una contiene a la otra, y por lo tanto sería óptimo considerarla dentro de sus parámetros.

Según los comentaristas más connotados la Novación por cambio de objeto regula perfectamente a la Dación en Pago por lo que no debería regularse en un capítulo especial en el Código Civil Peruano.

En cuanto a los métodos utilizados en la investigación, fueron el exegético, en razón que éste importa el estudio lineal de las normas que se encuentran dispuestas en el Código Civil vigente correspondientes a la Dación en Pago y a la Novación por cambio de Objeto.

También se ha hecho uso del método dogmático, que nos permitió investigar profundamente a las instituciones de la Dación en Pago y la Novación por cambio de objeto, logrando conocer la razón de su regulación como figuras independientes en el derecho sustantivo.

En cuanto a las Técnicas, procedimientos e instrumentos utilizados, fueron los de recolección de información. Análisis Documental: De procesamiento de información. Ver Anexo 1-B y 1-C análisis categorial.

## **CAPITULO IV**

### **4.-Resultados.**

Cuadro de autores (Ver Anexo1-D)

### **5. Discusión**

Se tiene a la vista las teorías que representan: a la defensa de la Dación en Pago como figura autónoma, y a las que ven en ella un supuesto de Novación por cambio de objeto, que es con la cual concordamos, procediendo a explicar las razones de nuestra inclinación

Para ello, se ha dividido cada ítem en subtítulos, haciendo finalmente un análisis y comentario en cuanto a la regulación de las figuras jurídicas en el Derecho Internacional.

#### ***5.1 En cuanto a la creación de una segunda obligación***

La Comisión Revisora Legisló a la Dación en Pago, teniendo como uno de sus principales fundamentos el creer que en ésta no se crea un nuevo vínculo, constituyendo solo un pago definitivo, por ello según ésta se debe diferenciar de la

Novación donde si ocurre tal creación.

Por su parte la doctrina que apoya el mismo criterio ha señalado:

La Dación en Pago solo sustituye el objeto de pago, extinguiéndose la obligación sin que subsista ninguna otra. (Carbonell 1997, 5306)

(Messineo 1979, 402) expresó: en la Dación en Pago se sustituye únicamente el objeto del cumplimiento por otro, por consiguiente sólo se refiere a la fase de cumplimiento y es simultáneo a éste.

En la Dación en Pago no hay ninguna transformación ni modificación, dicha figura provoca la extinción definitiva, no quedando ni rastro de la obligación primitiva. (Moisset 2004, 640)

La obligación de dar en pago algo distinto de lo debido, se inserta en la obligación primigenia, creando solamente un nuevo medio de extinguirla. La nueva obligación, presupone la existencia y subsistencia de ésta (Cárdenas 2000, 696)

### **5.1.1 Frente a estas teorías, tenemos**

A (Planiol y Ripert 1945, 589) quienes señalan que el objeto de la obligación es lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad.

Se entiende de lo antedicho que el objeto sobre el cual recae la obligación, es un elemento tan esencial para la configuración y existencia de toda obligación, que si es reemplazado por otro la obligación se extingue.

Lo que ocurre en la Dación en Pago, es el reemplazo de la prestación inicial por otra, en otras palabras acreedor y deudor han decidido cambiar el objeto de la obligación; por lo tanto se entiende que la primigenia ha sido extinta, y se ha dado nacimiento a una segunda obligación, al igual que en la Novación.

En ese sentido si el crédito anterior se ha extinguido las nuevas relaciones que se establezcan entre las partes estarán referidas sola y exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago.

Es incongruente que Messineo en un primer momento exprese que en la Dación en Pago solo se cambia el objeto de la obligación para dar cumplimiento a la misma, y posteriormente señale que todo cambio en el objeto de la obligación produce Novación.

Convencidos que todo cambio de un elemento esencial (como lo es el objeto de la obligación) produce Novación, no se ve inconveniente en asimilar la Dación en Pago a la Novación por cambio de Objeto, en tanto en ésta ocurre lo mismo, es decir se ha convenido extinguir una obligación dando creación a otra.

Además como sabemos tanto para la Novación como para la Dación en Pago debe haber al menos un cambio en uno de los elementos esenciales y constitutivos de la obligación para que se de nacimiento a una nueva obligación.

Frente a lo dicho por (Moisset 2004, 640) quien cree que en la Dación en Pago no hay ninguna transformación ni modificación, tenemos a (Planiol y Ripert

1945, 587) quienes señalan que entre la prestación primigenia y la dada en Pago debe existir diferencia trascendental.

De ello se debe entender que para convenir Dación en Pago la segunda prestación debe ser completamente distinta, pues si el cambio fuese irrelevante, no podría celebrarse dicho acuerdo y estaríamos hablando más bien del mismo pago o simplemente de algún cambio accesorio, por lo tanto lo dicho por este respetable doctrinario Argentino no tiene soporte.

Ello se debe colegir con el dispositivo 1279° del C.C que preceptúa que ningún cambio accesorio en la obligación producirá Novación, con ello confirmamos una vez más que en ambas instituciones ningún cambio irrelevante en la prestación da origen a ninguna de éstas figuras jurídicas, en ese sentido tampoco encontramos obstáculo en aplicar las reglas de la Novación por cambio de objeto a la Dación en Pago.

Se resume señalando que la Dación en Pago implica Novación por sustitución del objeto, pues el acreedor al haber aceptado que se le dé cosa distinta a la pactada, ha consentido en realidad en extinguir su crédito anterior y reemplazarlo por otro. Acreedor y deudor han dado vida a una nueva obligación sobre la que recaen los intereses y efectos jurídicos respectivos.

En el rubro expuesto nuestra postura es respalda por los siguientes autores: (Valencia 1988, 430) y (Carbonell, Lanzón y Mosquera 1997, 5311) quienes consideran que en la Dación en Pago surge una nueva obligación. (Vélez 1978, 275): La Dación en Pago implica una verdadera Novación por sustitución de objeto pues el acreedor consiente en extinguir su crédito y reemplazarlo por otro cuyo objeto es la nueva

prestación que el deudor ofrece en pago.

(Boffi 1979, 349): Cuando las partes deciden cambiar la prestación debida por otra, han dado fin a una obligación y han concedido vida a la que colocan en el lugar de aquella.

(Messineo 1955, 403): La Novación debe importar al menos un cambio en uno de los elementos esenciales y constitutivos de la obligación.

(Palacios 2002, 365): Solo hay Novación cuando se alteran uno o más elementos de los elementos esenciales de la obligación.

## **5.2 En cuanto a la simultaneidad del acuerdo de Dación en Pago y su ejecución**

Otro de los fundamentos por los que la Comisión Revisora ha incluido la Dación en Pago en la legislación Civil vigente responde a la rapidez que hay entre el convenio de *datio in solutum* y su ejecución.

Sin embargo, no compartimos la misma idea, respaldándonos en lo señalado por (Lanzón y Mosquera 1997, 5311) quienes han señalado que la rapidez que hay entre el convenio de Dación en Pago y la ejecución de esta, no hace ninguna diferencia con la Novación Objetiva.

Los autores bajo cita dan a entender que el hecho que la segunda obligación se extinga inmediatamente después de creada o que subsista por algún tiempo, carece de relevancia en lo que a las características de la institución se refiere.



Así, en la Dación en Pago entre el nuevo acuerdo y el cumplimiento, necesariamente tendrá que mediar al menos un instante, el que transcurre entre el consentimiento y la ejecución, sin que ello signifique que varíe la naturaleza de la figura que corresponde al de una Novación Objetiva.

Por lo tanto se deduce que la simultaneidad es imposible, en tal sentido, se podría plantear el supuesto siguiente: un acreedor acuerda con su deudor, vía teléfono móvil, que el pago que va a efectuar el deudor ya no se ejecute con el objeto A sino con el objeto B.

Si luego del acuerdo, el deudor tarda más de media hora en llegar en su automóvil al domicilio del acreedor, nos encontraríamos ante la disyuntiva de estar frente a una Dación en Pago o ante una Novación Objetiva, se concluye por lo tanto que es un absurdo considerar al tiempo como un factor determinante de ubicación, teniendo un factor más importante como lo es el cambio de prestación.

Para *Lafaille, de Gasperi, Baudry Lacantinerie y Barde, Marcade, Planiol- Ripert, Josserand* lo que hay es una Novación seguida de cumplimiento inmediato. Es decir, se admite que hay pago, pero de la nueva obligación. La circunstancia del tiempo no elimina la realidad del proceso jurídico.

Ahora contrarrestando lo dicho por (Cárdenas 2000, 696) quien señala que la Dación en Pago se diferencia de la Novación porque en aquella la liberación del deudor queda sujeta a la efectiva prestación de entrega, mientras que en la Novación solo basta conformidad de las partes, se debe decir que:

La liberación del deudor en la Dación en Pago queda sujeta a la ejecución efectiva de la prestación, sin embargo en dicha ejecución ya se habrá realizado la prestación sustitutoria que corresponde a la segunda obligación por más efímera que ésta sea, de lo contrario ocurriría que se pague con un objeto que nunca se debió ni siquiera por un instante. Nos queda claro entonces que si la ejecución es inmediata o a largo plazo igual nos encontramos ante un supuesto de Novación Objetiva.

En cuanto al tema (Olaechea 1936, 27) nos respalda al señalar: *Los autores modernos proclaman que la adjudicación en pago implica una Novación por cambio de objeto, ésta nueva acreencia dura un momento, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia nada su naturaleza.*

Para ultimar ésta sección referente a la exigibilidad de la ejecución inmediata en el acuerdo de Dación en Pago, se cree que nada impide que en la libertad contractual que ostentan las partes, dicha ejecución sea de cumplimiento posterior, ya que finalmente lo que se persigue es su satisfacción, sin que el tiempo importe un cambio en la esencia de la figura Jurídica.

No aceptar tal supuesto, sería el mismo sin sentido que ocurría tiempo atrás cuando se prohibía dar en pago una suma de dinero, recortando así el libre albedrío de las partes para la complacencia en su relaciones jurídico patrimoniales.

### **5.3 En cuanto al *animus solvendi* elemento diferenciador de la Dación en Pago**

La doctrina ha connotado al *animus solvendi* como elemento diferenciador entre la Dación en Pago y la Novación Objetiva.

Este elemento se encuentra vinculado estrechamente con el tema de la causa, cuya teoría adoptada por nuestro Código Civil es la que defiende Jossierand , pues es allí donde la expresión de voluntad de las partes es determinante, no obstante no ser apreciable de fácil manera y tampoco deber ser considerada como elemento determinante de la formación de una institución jurídica, tal como lo han señalado Cazeux y Trigo Represas (1984, 285) la sola intención de las partes, desprendida del ordenamiento, no es lo único que debe tenerse en cuenta para resolver la esencia jurídica de una figura determinada.

Por otro lado si bien el Ordenamiento Jurídico Peruano otorga libertad contractual a las personas, para que éstas celebren contratos bajo los estándares que más les convenga, mientras no se contravenga los derechos de otras personas o Ley, se cree que la sola voluntad de éstas no basta para otorgar forma a las figuras jurídicas.

Lo que se trata de decir con ello es que también se tiene que dar cumplimiento a los demás elementos necesarios para su existencia. Es así que para convenir una Dación en Pago no solo se necesita la voluntad de las partes *per se*, ésta también tendrá que estar dirigida al cambio de prestación objeto de la obligación produciéndose entonces inevitablemente la extinción de la antigua obligación y la creación de otra que la reemplaza (es decir Novación).

Sumando a ello consideramos que la Dación en Pago en pago se ve influenciada también por la teoría objetiva que defiende la doctrina Italiana, pues el efecto inmediato que se puede percibir es el cambio de prestación. En ese sentido se

concluye que la teoría dual es la que mejor se acomoda a la relación que se vine exponiendo y que por cierto es la más aceptada hoy en día.

Para ultimar el tema controversial de la causa debemos recordar lo dispuesto por (Ferri 2001, 225), que la causa más que ser un elemento del negocio, es más instrumento que sirve para controlar si los fines privados perseguidos por los celebrantes son coherentes con las finalidades de las mismas por el ordenamiento jurídico, **mas su finalidad económica y social**, el resaltado es nuestro.

Ahora, contrarrestando lo dicho por (Serrano 1978, 430) y (Cárdenas 2000, 696) quienes creen que para que el acuerdo de Dación en Pago sea considerado como Novación por cambio de Objeto las partes necesariamente tendrían que realizar una declaración en ese sentido, se debe señalar:

Que, se fuerza a ver en un acuerdo de Dación en Pago la intención de desobligarse, pues las partes expresan su voluntad de cambiar la prestación por otra (es decir crear otra obligación), lo que realmente sucede sin duda es que a ambas partes les interesa efectuar dicho cambio, pues en caso contrario no llegarían a tal acuerdo.

En ese sentido, no cabe duda que en ambas partes se encuentra presente, el *animus novandi* en la medida en que de modo expreso, cambian una obligación por otra, elemento que es fundamental para la Novación.

No obstante se debe observar la definición que se realiza sobre la manifestación de voluntad tácita, al decir que ésta sucede cuando se da a conocer la voluntad

interna pero sin que la manifestación se dirija directamente a quien debe conocerla, quien tomara conocimiento de ella deduciéndola de ciertas actitudes o comportamientos. (Vidal 2007, 100)

Con tal definición se observa que si bien en el acuerdo de Dación en Pago se manifiesta expresamente el cambio de prestación inicial por otra, lo que en realidad sucede es una Novación Tacita por cambio de objeto, en tanto al cambiar el mismo se crea una segunda obligación.

En ese sentido en la Dación en Pago se descubre una Novación Tácita por cambio de objeto seguido de la ejecución inmediata de la nueva obligación. Respecto a ésta última parte ya nos hemos pronunciado en líneas anteriores al firmar que no necesariamente siempre es sucede de esa manera. (Valencia 1988, 426)

En tanto se viene afirmando que en la Dación en Pago ocurre Novación tácita por cambio de Objeto, pues se expresa el deseo de cambiar la prestación por otra, ésta debe ser colegida con el concepto que se tiene de *animus novandi* que es el propósito de introducir modificaciones en la relación jurídica existente, capaz de alterar la situación de las partes, extinguiendo la obligación anterior y creando una nueva.

La Novación Objetiva puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando el cambio es de tal naturaleza que produce Novación, por ejemplo cambiándose la sustancia, la forma o el objeto. (Palacios 2002, 366),

Según (Giorgi 1909) (Pothier s.f., 241) La Novación no necesita de palabras rigurosas, sino que se hace constar con cualquier frase idónea para manifestar la

voluntad del acreedor de liberar de la obligación precedente al deudor, aceptando en su lugar la obligación nueva.

Según las teorías esbozadas para que ocurra Novación no es necesario frases formales o idóneas, baste que se manifieste la voluntad en forma evidente que no pueda considerarse lo contrario, hecho que justamente ocurre en la Dación en Pago.

La intención de novar produce el efecto de la extinción de la obligación primitiva, si la

Dación en Pago fuera distinta de la Novación, en ésta subsistiría la obligación primigenia.

Se debe reincidir además en la importancia que tiene el tema en el ámbito pragmático, pues las partes expresan mutuamente su deseo de cambiar la prestación justamente porque las satisface, y con ello me refiero a la posibilidad del deudor de realizarla y la complacencia del acreedor de reemplazarla, sin que sea importante el hecho de que se realizó respecto de la anterior obligación que por cierto ya fue extinta, concentrándose ahora el interés respecto de la nueva prestación.

Siendo la dación en Pago un supuesto de Novación por cambio de objeto le puede ser aplicable sin problema lo dispuesto en el dispositivo 1277° del Código Civil, el mismo que señala que por la Novación se sustituye una obligación por otra, situación que aunque se intente negar también ocurre en la Dación en Pago, pues como se ha manifestado en los diversos rubros hurgados no es posible ni teórica ni prácticamente, que se cambie de prestación sin alterar la relación obligatoria.

El Artículo 1278° del Código Civil señala que hay Novación Objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

En el caso de la Dación en Pago, se entiende que ésta se verifica por la modificación de la prestación con que se paga, mas no por una variación en el título de la obligación, situación que nos colocaría aun dentro del régimen legal del campo de la Novación Objetiva.

#### **5.4 Sobre el acuerdo de Dación en Pago en deudas de imposible cumplimiento**

Según ésta concepción, la Dación en Pago solo puede convenirse cuando la prestación no se pueda cumplir. Ante lo dicho existe discrepancia, en tanto sólo se podría acordar Dación en Pago en las obligaciones donde no haya imposibilidad de por medio, siendo oportuno recordar lo siguiente:

Cuando el objeto de una prestación deviene en imposible de ejecutar, la obligación se extingue. Concretamente, cuando se trata de un bien cierto, en caso de pérdida del bien, resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículo 1137° y 1138° del Código Civil Peruano.

Además se debe señalar que lo propio ocurría si la prestación resulta ser una de dar algún bien incierto o fungible, en la medida en que perezca el género o al especie, o si estamos en presencia de una prestación de hacer o una de no hacer, para las que se hacen extensivas las mismas consideraciones.

En suma, ante un supuesto de imposibilidad, la obligación simplemente, ya no resultará susceptible de ejecutarse, se habrá extinguido, y por tanto cuando ya no hay obligación, simplemente nada se debe, a no ser, en su caso, la consecuencia de los daños y perjuicios en razón por la cual no podría configurarse la Dación en Pago.

### **5.5 La Dación en Pago y el Contrato de Compraventa**

En adelante nos pronunciaremos sobre el artículo 1266° del C.C que proyecta a la Dación en Pago con el régimen de la compraventa.

La razón del artículo bajo comentario fue la de dotar al acreedor que pierda por evicción la cosa recibida en pago, del ejercicio de acción de garantía por evicción o por vicios ocultos, lo mismo que ampara a un comprador.

Para contrarrestar la inclinación de nuestro Código Civil vigente tenemos a quienes sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida pues solo opera en cuanto medie dinero (Diez Picazo y Gullon 1985, 256).

Es decir que la Dación en Pago no operaría si el deudor ejecutase una obligación de hacer, además con dicho acuerdo las partes no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas como ocurre en la compraventa, sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos.

(Rodríguez 1957, 771 y 772), es de la misma idea, dejando sentado por lo tanto, que tal aserción es errónea, porque dicha equiparación podría realizarse solo en los casos



cuando se entrega una cosa en lugar de dinero o viceversa, fuera de ésta hipótesis no es posible .

El aceptar ésta posibilidad sería como otorgarle a la figura de Dación en Pago un carácter variable, según sea el objeto a que se refiere el *aliud*, además de los impedimentos que se vienen exponiendo y que están referidas a obligaciones de dar, hacer o no hacer.

De allí se dice que la Dación en Pago como compraventa es una construcción cómoda, pero barroca. Cómoda por la extensión analógica de alguna de las reglas de la compraventa (la garantía contra la evicción y los vicios redhibitorios de la cosa entregada).

La justificación que se expresa respecto al amparo del derecho del acreedor a realizar una acción de garantía en caso de evicción o vicios ocultos, es absurda pues significaría que dicha acción estaría dirigida respecto a la antigua obligación que ya ha sido extinta al menos eso es lo que se proclama con la Dación en Pago, aunque en la práctica no parece ocurrir lo mismo.

Así (Valencia 1988, 424) y (Ledesma 1999) entienden que si el crédito anterior se extingue, las nuevas relaciones que se establezcan entre deudor y acreedor recaerán exclusivamente sobre el nuevo objeto dado en pago.

Es decir si se debe un semoviente y el acreedor acepta que, en el momento del pago, se le entregue uno diferente, las cuestiones relativas a vicios redhibitorios, o

saneamiento por evicción, entre otras se referirán al nuevo semoviente y no al antiguo; por lo que el acreedor no puede desistir del nuevo acuerdo y hacer revivir el antiguo.

Son de la misma idea representantes de la doctrina Alemana, al sostener que si el objeto prestado le es eviccionado por un tercero al acreedor, éste no puede invocar su antiguo crédito, pues lo ha extinguido definitivamente a cambio del objeto dado en pago. (Enneccerus Ludwig, Kipp y Wolf 1950, 321).

Por último se cree que si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado, mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

Con esta concepción que ampara gran parte de la doctrina nos queda claro que la primitiva obligación ha quedado extinta por el acuerdo de Dación en Pago que importa en realidad una Novación Objetiva, teniendo por lo tanto el acreedor únicamente el derecho a ser indemnizado por la evicción que haya sufrido respecto de la nueva obligación que es sobre la que recaen todos los efectos jurídicos.

El derecho a la indemnización que le correspondería al acreedor en caso de que lo dado en pago sufra evicción o vicios ocultos es razonable, en tanto no desnaturaliza la figura, como si ocurre en caso de aplicar los preceptos de la venta, es así que no existe impedimento para considerar que la Dación en Pago encierra una Novación Objetiva, pues a través de ella también se amparan los derechos del acreedor como se viene señalando.

Acerca del tema, el Código civil de 1936 también se pronunció en su dispositivo

1279°, al decir que si el acreedor era vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa recibida en pago, tenía derecho para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá en este caso la obligación primitiva. Se concebía de este modo a la Dación en Pago como Novación.

Sin embargo la legislación Civil vigente permite la aplicación de las reglas de compraventa al convenio de Dación en Pago, no obstante se consideró que no se debe perder de vista además que en la Dación en Pago se presenta una situación similar a la que se produce en las obligaciones con facultad de sustitución. (Cárdenas 2000, 696).

Ante lo dicho es necesario realizar un paréntesis pues tal aserción es equivocada, si bien existe un punto de semejanza, en que en ambas hay sustitución de una prestación por otra, existen diversas diferencias; así en la obligación facultativa, la sustitución es obligatoria para el acreedor, y el deudor tiene el derecho de hacerla; en la Dación en Pago dicha sustitución es voluntaria para las partes, sin poder imponérseles.

En la obligación facultativa la sustitución tiene su origen en el título mismo de la obligación, en el pago por entrega de bienes, por el contrario, la sustitución tiene su origen en una convención posterior al nacimiento de la obligación e independiente de ella.

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.

En este sentido se anota que, en las obligaciones facultativas, se concede al deudor la posibilidad de liberarse mediante la ejecución de una prestación sustitutoria, denominada por el Código Civil prestación accesoria, previamente establecida, distinta de la prestación debida. (Velaochaga 1991, 117)

La facultad de sustitución 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.

#### **5.6.- En cuanto a los Efectos de ambas figuras Jurídicas.**

Según lo que se viene postulando en ambas instituciones existe la creación de una segunda obligación, que reemplaza a la anterior que se extingue.

Sobre ésta última es sobre la que recaen los efectos jurídicos y el interés de las partes, y como es lógico ambas son formas de extinguir obligaciones.

Así también respecto a las garantías de la obligación el artículo 1283° del Código Civil establece que, en la Novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. En la Dación en Pago ocurre lo mismo, en la medida en que extinguiéndose la obligación primitiva, sus accesorios corren la misma suerte.

Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple. Este precepto, propio de la Novación, también resultaría aplicable al caso de la Dación en Pago, en la medida en que dentro de ésta figura se produce la extinción de una obligación y el nacimiento de otra.

Sin embargo, cabría preguntarse si resultaría posible que se diera el caso de que se celebre una Dación en Pago, pero las partes acuerden, sujetando este hecho a la eventualidad de una condición o al advenimiento de un plazo.

Ello parece factible y que tal situación no impediría que se produzca una Dación en Pago, en la medida en que se niega cualquier relevancia a las dimensiones del lapso de tiempo que debe mediar entre el acuerdo de Dación en Pago y el momento en que efectivamente se verifique dicho pago.

Esta situación no impediría que estuviéramos en presencia de una Dación en Pago. Naturalmente dentro de la libertad contractual recogida por nuestro Código Civil.

### **5.7 En cuanto a la regulación de la Dación en Pago en el Derecho Internacional**

Si observamos la regulación de la Dación en Pago en el derecho Internacional el sistema seguido por varias legislaciones como la Argentina, la Chilena y la nuestra de 1936 y por algunos autores modernos, ven en la Dación en Pago una Novación por cambio de objeto.

La legislación Argentina se ha adherido a la idea de la Novación al disponer en su dispositivo 783° que, si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la

cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado como comprador mas no podrá hacer revivir la obligación primitiva.

Según el precepto bajo comentario, la obligación primitiva no revive, pues quedó definitivamente extinguida mediante la Novación que llevaba implícita la Dación en Pago. Solo puede pensarse en revivir la obligación primitiva si la Dación en Pago fuera inválida, supuesto ajeno a lo contemplado en el artículo 783° del citado Código

En toda Dación en Pago, hay Novación porque hay cambio de objeto de la obligación, teniéndose que ejecutar una nueva, solo que en la Dación, la segunda obligación tiene una vida muy corta mientras se realiza el pago (Alterini 2000, 705).

En el derecho Europeo, varias legislaciones, como la Francesa, la Italiana de 1865, no se refieren concretamente a la Dación en Pago aunque la reconocen en su doctrina. Hay otros Códigos, que por el contrario, la estudian detallada y especialmente al tratar la extinción de las obligaciones, como el alemán.

Por último se advierte que en el derecho Español existe ausencia de regulación jurídica sobre la Dación en Pago, aunque da por supuesta la institución en los artículos 1521° y 1636°, que regula los retractos, en la doctrina se observa pluralidad de opiniones referidas a éste tema.

La asimilación de la Dación en Pago a la Novación podría verse en el dispositivo 1540° del Código Civil de Panamá, semejante al Art. 2.038 del Código Civil Francés y al Art. 1.849 del Código Civil Español, en virtud de los cuales, si a causa de la

evicción el acreedor pierde la cosa entregada, el fiador queda libre, con lo que parecería indicarse que la obligación primitiva había quedado extinguida.

Es curioso que el Código Civil Peruano teniendo la misma disposición en el artículo 1900º: “Queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda aunque después lo pierda por evicción, asimile la Dación en Pago a la Compraventa.

El fiador queda liberado porque justamente se trata de una nueva relación obligacional pues la inicial se extinguió cuando acreedor y deudor convinieron en que éste último entregue un bien en pago de la deuda original, siendo sustituida la prestación.

Teniendo a la vista un número importante de legislaciones a nivel Internacional que no ven en la Dación en Pago una figura autónoma y por ende han omitido su regulación en sus respectivos cuerpos normativos, consideramos que la nuestra debe optar por la misma opción, la que sin negar la existencia de dicha figura la considere como parte de la Novación por cambio de objeto, mas no como autónoma y diferente de ésta.

Se debe superar el tema de tradición que es lo que también motivo la regulación de Dación en Pago en nuestro cuerpo normativo, en tanto no se encuentra sustentos sólidos y congruentes para su tipificación en un capítulo especial, ya que la Dación en Pago puede regirse bajo los parámetros de la Novación, pues en ambas se extingue de manera definitiva la obligación primigenia y se crea una nueva que la reemplaza.

Siendo así su codificación deviene en inoficiosa, pudiendo ocasionar confusión al considerarla como figura autónoma con efectos diversos a los de la Novación objetiva, en ese sentido y con la finalidad de unificar el criterio de extinción de obligaciones y no se recaiga en incongruencias como por ejemplo la que ocurriría de suscitarse vicios sobre la cosa dada en pago, y que según el código civil vigente se subsanaría en base a la obligación ya extinta , efecto contradictorio pues se entiende que ésta ya se extinguió debiendo más bien recaer todo saneamiento sobre la obligación que la reemplaza.

Por éstas razones es que se cree conveniente su derogación en el Código Civil, sin que ello signifique evadir realizar una interpretación en contra de la ley, se cree más bien que éste es uno de esos casos en que las leyes son impotentes para ir en contra de lo que se llama la naturaleza misma de las cosas.



## **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES**

El principal fundamento por el que se debería derogar la Dación en Pago del Código Civil es porque en este acuerdo se crea una segunda obligación en razón del cambio de la prestación objeto de la obligación que es uno de sus elementos esenciales, en tanto no es posible pagar con prestación diferente sin haber cambiado previamente la obligación primigenia.

En ese sentido se concluye que en ambas figuras Jurídicas se extingue la primera obligación y se crea otra que la reemplaza, ante ello no se encuentra ningún inconveniente en aplicar los mismos dispositivos de la Novación Objetiva a la Dación en Pago.

En el acuerdo de Dación en Pago existe voluntad novatoria tácita que se deduce del cambio de objeto de la obligación, se observa que las partes expresan su voluntad de cambiar una prestación por otra, que a buena cuenta sería una obligación por otra, cumpliéndose por lo tanto con el elemento necesario para que se configure la Novación objetiva.

Algunos de los fundamentos secundarios son, el tiempo que transcurre entre el acuerdo de Dación en Pago y el cumplimiento de la nueva prestación, pues no cambia que se constituya un supuesto de Novación objetiva. Así también el hecho que para celebrar un acuerdo de Dación en Pago la deuda tenga que ser de imposible cumplimiento.

## **RECOMENDACIONES**

Al haber concluido que la Dación en Pago constituye un supuesto de Novación por cambio de objeto, se recomienda que se derogue del capítulo especial del Código Civil donde hoy se encuentra, sin embargo se sugiere realizar un cotejo del artículo 1266° con los dispositivos que regulan el contrato de compraventa.

7.- ANEXOS

OPERACIONALIZACION DE VARIABLES- ANEXO 1-A

PROBLEMA	HIPOTESIS	VARIABLES	DEFINICION DE VARIABLES	INDICADORES
<p><b>¿Cuál es el principal fundamento jurídico por el que se debería derogar la Dación en Pago en el Código Civil vigente?</b></p>	<p>El principal fundamento jurídico por el que se debería derogar la Dación en Pago en el Código Civil vigente, es porque constituye un supuesto de Novación por cambio de Objeto, por cuanto en ella se crea una segunda obligación sobre la que recaen todos los efectos jurídicos</p>	<p><b>Variable 1</b> Derogación de la Dación en Pago en el Código Civil vigente.</p>	<p><b>definición conceptual:</b> procedimiento a través del cual se deja sin validez a una disposición normativa, en este Caso la Dación en Pago que Consiste en el acuerdo de las partes para cambiar la prestación pactada inicialmente por una distinta.</p>	<p>Doctrina Nacional.  Doctrina Internacional.</p>
		<p><b>Variable 2</b> La Dación en Pago constituye un supuesto de Novación Objetiva.</p>	<p><b>definición conceptual:</b> al expresarse en la Dación en Pago el deseo de variar de prestación que es objeto de la obligación se da por extinguida la primera, dando nacimiento a otra que la reemplaza, lo mismo que ocurre en la Novación</p>	<p>Jurisprudencia Internacional  Legislación Internacional</p>

**8.-INSTRUMENTO PARA RECOGER INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**  
**ANEXO-1-B**

<b>TEMA ELEGIDO: LA DACIÓN EN PAGO COMO SUPUESTO DE NOVACIÓN</b>						
<b>OBJETIVA.</b>						
<b>N<sup>a</sup></b>	<b>INDICADOR</b>	<b>TIPO DE FUENTE</b>	<b>UBICACIÓN</b>	<b>AUTOR, FECHA Y NOMBRE DE LA FUENTE</b>	<b>PAIS DE ORIGEN DEL AUTOR</b>	<b>IDEA SINTÉTICA DEL AUTOR RESPECTO AL INDICADOR</b>
<b>1</b>	Dación en Pago Agente capaz.	Libro	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi	Perú	Se debe contar con mayoría de edad para poder contratar.
<b>2</b>	Objeto física y jurídicamente posible.	Libro	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi	Perú	El bien materia de contrato debe ser de posible cumplimiento
<b>3</b>	Fin lícito.	Libro	Biblioteca física	Mario Castillo Freyre	Perú	Los contratos no deben atentar contra el ordenamiento legal
<b>4</b>	Observancia de la forma prescrita bajo sancion de nulidad.	Libro	Biblioteca física	Mario Castillo Freyre	Perú	El obviar la forma de como debe constar un contrato tiene como consecuencia su invalidez.
<b>5</b>	La entrega de bien distinto a la obligacion primitiva	Revista Jurídica	Biblioteca Física	Luis Moisset de Espanés	Argentina	Para que se logre la Dación en Pago el bien que se entregue debe ser otro al que se debió cumplir.
<b>6</b>	El consentimiento	Libro	Biblioteca Física	Fernando Carbonell Lazo. Jorge Lanzón Pérez. Silvia	Perú.	El acreedor debe recibir voluntariamente una cosa diferente a la debida, puesto que no puede

				Mosquera López.		ser obligado a ello.
7	Animus Solvendi	Libro	Biblioteca Física	Fernando Carbonell Lazo. Jorge Lanzón Pérez. Silvia Mosquera López.	Perú	Es decir la intención concreta de desobligarse. Si se cumpliera la prestación sin el fin de desobligarse de la deuda pendiente, no habría Dación en Pago.
8	Novación por cambio de objeto: agente capaz.	Libro	Biblioteca Física	Fernando Carbonell Lazo. Jorge Lanzón Pérez. Silvia Mosquera López	Perú	Capacidad de las partes interesadas para contratar
9	Objeto física y jurídicamente posible.	Libro	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi	Perú	El bien materia de contrato debe ser de posible cumplimiento
10	Fin lícito	Libro	Biblioteca física	Mario Castillo Freyre	Perú	Los contratos no deben atentar contra el ordenamiento legal
11	Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.	Libro	Biblioteca física	Mario Castillo Freyre	Perú	El obviar la forma de como debe constar un contrato tiene como consecuencia su invalidez.
12	El consentimiento	Artículo Jurídico	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi, Mario Castillo Freyre.	Perú	Referido a la expresión de voluntad, la misma que puede ser expresa o tácita.
13	Creación de una nueva obligación	Artículo Jurídico	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi, Mario	Perú	Es decir el nacimiento de una nueva obligación que

				Castillo Freyre.		reemplaza la anterior que se extingue.
<b>14</b>	Animo de novar	Artículo Jurídico	Biblioteca física	Felipe Osterling Parodi, Mario Castillo Freyre	Perú	Por la Novación, una obligación nueva y distinta permite al deudor obtener su liberación y al acreedor su satisfacción.

**9.-CUADRO COMPARATIVO ANEXO-1-C**

<b>DACIÓN EN PAGO</b>	<b>NOVACIÓN POR DE CAMBIO DE OBJETO:</b>	<b>PRESUPUESTOS Y EFECTOS</b>
<p>Para que se configure se debe cumplir con los siguientes presupuestos:</p> <p>. Pre existencia de una obligacion válida.</p> <p>Reemplazo de la prestacion inicial por otra.</p> <p>Consentimiento.</p>	<p>Se debe cumplir con los siguientes presupuestos:</p> <p>. Pre existencia de una obligacion válida</p> <p>.Creación de una nueva obligacion.</p> <p>Consentimiento.</p>	<p>Elemento necesario para la configuración de ambas instituciones</p> <p>Se asume que al cambio de prestación se extingue la primera obligación , dando nacimiento tacitamente a otra que la sustituye, por lo tanto tambien este elemento es coincidente entre ambas instituciones.</p> <p>Para ambas instituciones se deberá expresar la voluntad de manera expresa o tácita.</p>

<p>.Animus Solvendi</p>	<p>Animus novandi.</p>	<p>Al cambiar la prestación de manera expresa en la Dación en Pago, tacitamente se crea una nueva obligación.</p>
-------------------------	------------------------	---



### 10.-CUADRO DE AUTORES ANEXO-1-D

AUTORES EN CONTRA NUESTRA TESIS	AUTORES A FAVOR DE NUESTRA TESIS
María Ramírez, Eugenio	Planiol y Ripert
Llambias y Raffo Benegas	Carbonell Lazo, Lanzon Perez y Mosquera Lopez
Ospina Fernandez	Valencia Zea
Messineo	Messineo
Espanes	(Pimentel 2002, 365
Palacio Pimentel	Espanes
Cardenas Quiroz	Velez Sarfield
Romero Zavala	Boggero 1979, 349
Bustamante, Lino Rodríguez Arias	Castillo Freyre
Vásquez Olivera, Salvador	<i>Lafaille,</i>
Barandiaran	<i>de Gasperi,</i>
Albadalejo	<i>Baudry Lacantinerie</i>
Serrano, Eduardo	<i>y Barde, Marcade,</i>
	<i>Planiol- Ripert,</i>
	<i>Josserand</i>
	Olaechea
	(Bustamante
	Cazeux y Trigo Represas
	Diez Picazo y Gullon
	Ledesma
	(Debakey, Muñiz Zichez y Roncalla Cayetano
	Alterini
	Cervera
	Davó, Francisco Sapena
	Goyoneche, María Jesús Aguilar
	Salvat, Raymundo
	Velaochaga, Luciano Barchi
	Enneccerus Ludwig, Kipp y Wolf

### 11.-ANEXO 1-E

REGULA LA DACION EN PAGO	RESUMEN	NO REGULA LA DACION EN PAGO	RESUMEN
El Código Civil de Uruguay	<p>Se encuentra en su Art 1490° como pago por entrega de bienes, salvo el dinero.</p> <p>Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho a ser indemnizado, como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva.</p>	El Código Civil de Chile no la regula.	Sin embargo su doctrina ha establecido que ésta figura es una Novación por cambio de objeto, seguida del cumplimiento inmediato.
El Código Civil Argentino	<p>La ha regulado en su Art 779° como pago por entrega de bienes salvo el dinero.</p> <p><i>Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos”.</i></p> <p>Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa.</p>	El Código Civil de Panamá	Sin embargo se deduce su existencia del artículo 1540°, que ha señalado que si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción, queda libre el fiador, no obstante no la reconoce como figura jurídica autónoma
El Código Civil Alemán	<p>La ha regulado como una forma de extinción de las obligaciones.</p> <p>Art. 64: La relación obligatoria se</p>	La legislación francesa	Por el principio de identidad en el pago. Solo tiene existencia doctrinal.

	extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida.		
		El Código Civil de Italia del año 1895	Identidad en el Pago
		El Código Civil español no la regula como figura independiente.	La asimilan a la Novación, no obstante sus diversas controversias.

## 12.- ANEXO 1-F

JURISPRUDENCIA	CONCLUSION
Sentencia Española de fecha 7 de junio de 1990 (RJ 1990/2576)	En su fundamento de derecho tercero nos dice que, la dación en pago es una figura con naturaleza jurídica polémica, barajándose en la doctrina diversas posturas entre ellas la de, Novación.
Sentencia española de fecha 14 de julio de 1997 (RJ 1997/5608),	En la que señala y califica como Dación en Pago la operación realizada por las partes implicadas se trata de una novación.
sentencia de fecha 13 de Mayo de 1983 (RJ 1983/2820)	En su considerando tercero, expresa lo siguiente: <i>«Ciertamente este Tribunal, ya desde antiguo, aunque sin pronunciarse de un modo definitivo y dogmático y ante la necesidad pragmática de determinar ciertos efectos de la dación en pago, no regulada en nuestro Código Civil, ha asimilado dicha atípica figura a la del contrato de compraventa, sin negar su analogía con otras convenciones, tales como la novación por cambio de objeto.»</i>

## FUENTES DE REFERENCIA

Albadalejo García, Manuel. 1997. *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: José María Bosch Editor. S.L.

Alterini, Atilio Anibal. 2000. *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)*. Lima: Talleres Gráficos de Ediciones Jurídicas.

Arias Bustamante, Lino Rodríguez.1965. *Derecho de Obligaciones*. Panamá: Revista de Derecho Privado.

Barandiaran, José León. 1988. *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cuzco S.A.

Barchi Velaochaga, Luciano.1991. La modificación Objetiva de la Relación Obligatoria. *Revista Peruana de Derecho El Jurista* : 108.

Belinchon Romo, Raquel. 1999. *La novación extintiva por cambio de objeto*. España: Comares Granada.

Belinchon Romo, Raquel.2000. *Nociones Generales Sobre La Dación en Pago*. Madrid: Comares Granada.

Betti, Emilio, José Luis De los Mozos.1969. *Teoría General de las Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho privado.

Boffi Boggero, Luis María. 1979. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea.

Borda, Guillermo Antonio. 1846. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Emilio Perrot.

—. 1998. *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

Borja Soriano, Manuel. 1994. *Teoría de las Obligaciones*. México: Porrúa S.A.

Carbonell Lazo, Fernando, Jorge Lanzón Pérez, y Silvia Mosquera López. 1997. *Código Civil Comentado*. Lima: Ediciones Jurídicas

Cárdenas Quiroz, Carlos. 2000. *El Código Civil del Siglo XXI*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Cárdenas Quiroz, Carlos. 2003. La reforma del derecho civil de obligaciones en el código civil de 1984. *Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM*  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/105/cnt/cnt7.pdf>  
f (consultado 28 de marzo de 2012).

Castañeda, Jorge Eugenio. 1957. *Instituciones de Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Castillo, Freyre Mario, Felipe Osterling Parodi. 2005. *Dación en pago*: En

*Comentarios al libro IV del código civil.* Lima: Grijley.

Castillo Freyre, Mario. 1998. *Tentaciones Académicas.* Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Castillo Freyre, Mario, Felipe Osterling Parodi. 2008. La Dación en Pago. *Estudio Mario Castillo Freyre* (diciembre). [http://www.castillofreyre.com/articulos/dacion\\_en\\_pago.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/dacion_en_pago.pdf) (consultado el 01 de Junio de 2012).

—.2000. La Dación en Pago. *Estudio Mario Castillo Freyre* [http://www.castillofreyre.com/articulos/la\\_dacion\\_en\\_pago.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/la_dacion_en_pago.pdf) (consultado el 01 de Junio de 2012).

—.2002. La Dación en Pago. *Estudio Mario Castillo Freyre.* [http://www.castillofreyre.com/articulos/la\\_dacion\\_en\\_pago.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/la_dacion_en_pago.pdf) (consultado 28 de marzo de 2012).

—. 2000. Algunas Consideraciones acerca del Pago. *Estudio Mario Castillo Freyre.* [http://www.castillofreyre.com/articulos/algunas\\_consideraciones\\_acerca\\_del\\_pago.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/algunas_consideraciones_acerca_del_pago.pdf) (Consultado 28 de marzo de 2012).

—.2002. La Novación Objetiva. *Estudio Castillo Freyre.* [http://www.castillofreyre.com/articulos/la\\_novacion\\_objetiva.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/la_novacion_objetiva.pdf) (consultado

28 de marzo de 2012).

Cazeux, Pedro, y Felix Trigo Represas. 1984. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Platense S.R.L.

Cervera, Alejandro Fliquete. 2002. *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Costa, Raúl Ferrero. 2000. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Grijley.

De la Vega Vélez, Antonio. 1978. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Temis.

Diez Picazo, Luis, y Antonio Gullón. 1985. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos S.A.

Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolf. 1950. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

Fernández Rodríguez, Carlos. 1957. *Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago: Anuario de Derecho Civil*. Madrid.

Giorgi, Giorgio. 1909. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*: 462.



Gonzales Gutiérrez, Ernesto. 1996. *Derecho de las Obligaciones*. México.

Gonzales Iruma, Alfonso. 2007. La Novación como modo de extinción de las obligaciones. [http://www.trabajos54/regulacion-novacion/regulacion\\_novacion2.shtml#ixzz2lkyhfcjb](http://www.trabajos54/regulacion-novacion/regulacion_novacion2.shtml#ixzz2lkyhfcjb) (consultado 25 enero de 2013).

Goyoneche Aguilar, María Jesús. 2009. *Dación en Pago*. Lima.

La cruz, Berdejo José Luis, Francisco de Asis Sancho Rebullida. 2007. *Elementos de Derecho Civil II- Derecho de Obligaciones*. Madrid: DYKINSON.

Lafaille, Héctor. 1943. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores S.R.L.

Latour Brotons, Juan. 1953. Notas sobre la Dación en Pago. *Revista de Derecho Privado*: 436-437.

Ledesma, José de Jesús. 1999. *IUS ROMANORUM*.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/9/pr/pr14.pdf>  
(consultada 15 agosto de 2012).

León Barandiaran, José. 1954. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editores.

Llambias, Jorge Joaquín, Patricio Raffo Benegas. 2005. *Tratado de Derecho*

*Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

Martínez Alfaro, Joaquín. 1993. *Teoría de las Obligaciones*. México: Porrúa S.A.

Mazeaud, Henri. 1959. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Europa América.

Maradiegue Ríos, Roberto. 2000. *Derecho de las Obligaciones*. Trujillo: FECAT.

\_\_\_\_\_. 2001. *Derecho de las Obligaciones*. Trujillo: FECAT.

Messineo, Francesco. 1979. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

\_\_\_\_\_. 1955. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

Moisset de Espanes, Luis. 2004. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

\_\_\_\_\_. 1999. *La Dación en pago estudio de derecho peruano y comparado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Muro Rojo, Manuel. 2004. *Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Olaechea, Manuel Augusto. 1936. *Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852*. Lima: Castrillón.

Ospina Fernández, Guillermo. 2008. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis S.A.

Osterling Parodi, Felipe, Mario Castillo Freyre. 2002. Algunas Consideraciones acerca de la Novación. *Ius Praxis*: 22.

Osterling Parodi, Felipe. 2005. *La Dación en pago: En comentarios al VI libro del código civil de 1984*. Lima: Grijley.

Palacio Pimentel, Gustavo. 2002. *Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Huallaga.

\_\_\_\_\_. 1990. *Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Huallaga.

Planiol, Marcel, Georges Ripert. 1945. *Tratado Practico de Derecho Civil Francés*. Habana: Colegio de Abogados de la Habana Cuba S.A.

Pietro, Bonfante. 1959. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Centro de Enseñanza y publicaciones S.A.

Puig Brutau, José. 1997. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, Casa

Editorial, S.A.

Pothier, Robert Joseph. Sf. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Biblioteca Científica y literaria.

Ramírez Cruz, Eugenio María. 2005. *Curso de Obligaciones*. Lima: RODHAS.

Revoredo Debaquey, Delia, Jorge Muñoz Zichez, y Ydania Roncalla Cayetano. 1988. *Antecedentes Legislativos Comparación con el Código de 1936*. Lima: Delia Revoredo de Debaquey.

Romero Zavala, Luis. 2001. *Derecho de las Obligaciones en el Perú*. Lima: FECAT E.I.R.L.

Salvat, Raymundo. 1952. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Sapena Davó, Francisco. 2002. *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Serrano, Eduardo. 1978. Consideraciones sobre la Dación en Pago. *Revista de Derecho Privado* : 431.

Starck, Boris, Henri Roland, y Laurent Boyer. 1992. *Obligations*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation.

Tavolari Oliveros, Raúl. 2010. *Jurisprudencias esenciales de Derecho Civil*.

Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tenas Segarra, Joaquín Vicente. 2003. *Instituciones de Derecho Privado*. España:

Civitas.

Trigo Represas, Felix. 1984. *Compendio del derecho de las obligaciones*. La

Plata: Platense S.R.L.

Valencia Zea, Arturo. 1988. *Derecho Civil de las Obligaciones*. Bogotá: Temis S.A.

Vásquez Olivera, Salvador. 2004. *Derecho de obligaciones*. Arequipa: Adrus.

Vidal Ramírez, Fernando. 2007. *Teoría del Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.