

La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas^{*}

GONZALO VILLA ROSAS^{**}

Sumario: Introducción. I. Las fuentes romanas. II. Las fuentes medievales. 1. La *datio in solutum voluntaria*. 2. La *datio in solutum necessaria*. III. La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas. 1. La recepción expresa de la *datio in solutum* en los códigos europeos. 1.1 *Bayerisches Landrecht* (1756 – *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*). 1.2 *Preußisches Allgemeines Landrecht* (1794). 1.3 El Código Civil Austriaco – ABGB (1811). 1.4 El derecho común del siglo XIX. 1.5 El proyecto de un código civil para el Reino de Baviera (1861-1864) y el código civil para el Reino de Sajonia (1863/1865). 1.6 El proyecto de Dresden (1864 y 1866). 1.7 El Código Civil Alemán – BGB (1900). 1.8 El proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos (1927 y 1937). 1.9 El Código Civil Italiano (1942). 1.10 El Código Civil Portugués (1966). 2. La recepción expresa de la *datio in solutum* en los códigos latinoamericanos. IV. Conclusiones.

Resumen

Esta investigación pretende aclarar las relaciones históricas existentes entre la tradición europea occidental y el subsistema latinoamericano con respecto a la regulación de la

* Agradezco especialmente al profesor Dr. iur. RUDOLF MEYER-PRITZL de la *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* por sus observaciones finales al escrito y a la Universidad Externado de Colombia, en cabeza del Dr. FERNANDO HINESTROSA, por su apoyo indispensable para mi estancia en dicha universidad y en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*.

** LL.M. *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*. Abogado Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [villarosasgonzalo@gmail.com]

Fecha de recepción: 30 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2011.

datio in solutum. El análisis se centra especialmente en aquellos códigos en los cuales dicha figura jurídica ha sido expresamente regulada. Debido a la importancia de la *datio in solutum necessaria* en los ordenamientos latinoamericanos y en el desarrollo del deber de cumplimiento -principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*-, este estudio comprende no sólo la *datio in solutum voluntaria*, sino también el nombrado *beneficium*. Para el efecto se analizan las fuentes romanas y medievales pertinentes, así como la recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas.

Palabras clave: Dación en pago, *aliud pro alio*, *datio pro soluto*, *datio pro solvendo*, dación en pago necesaria, *beneficium dationis in solutum*, prestación en lugar de cumplimiento, deber de cumplimiento, *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, codificación, derecho romano, derecho medieval, sistema jurídico germánico, derecho alemán, derecho latinoamericano.

THE CODIFICATION PROCESS OF DATIO IN SOLUTUM IN EUROPEAN AND LATIN AMERICAN LAW

Abstract

This research aims to clarify the historical relations between the Western European tradition and the Latin American legal subsystem with regard to the regulation of the *datio in solutum*. The analysis focuses especially on those Codes in which this legal institution has been specifically regulated. Due to the relevance of the *datio in solutum necessaria* in Latin American legal system and for utter comprehension of the historical development of the duty of performance (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), this study does not only include the *datio in solutum voluntaria*, but also the appointed *beneficium*. For this very purpose the relevant Roman and medieval law sources as well as the regulation of the *datio in solutum* in European and Latin American Codes have been thoroughly analyzed in this research.

Keywords: *Aliud pro alio*, *datio pro solute*, *datio pro solvendo*, *beneficium dationis in solutum*, duty of performance, codification, roman law, medieval law, german law, Latin American law.

INTRODUCCIÓN

"Diese Lehre gehört nach meiner Ansicht zu denen,
die völlig umgeändert werden müssen".

Franz Leonhard. Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, 593.

Según ULPIANO D. 50, 16, 176 "*solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*". Si el deudor ejecuta una prestación distinta a la debida, entonces no hay cumplimiento. Sin embargo, la relación obligatoria puede ser disuelta a través de la ejecución de otro comportamiento, cuando el efecto solutorio de éste ha sido aceptado por el acreedor. Este fenómeno, que ha sido denominado *pro soluto*, debe ser diferenciado de aquel en el cual el acreedor es satisfecho a través del cumplimiento de una nueva obligación (*pro solvendo*).

Como resultado de la erección de la voluntad como único fundamento heurístico para la comprensión de la vida práctica humana, los juristas modernos basaron toda manifestación jurídica en ella. Producto particular de esta concepción fue la cimentación de la libertad negocial como piedra angular de la extinción de las obligaciones. Esta conquista moderna se desarrolló de manera paralela al deber de cumplimiento (*präziser Erfüllungszwang / duty of performance in natura*) en el derecho medieval. El moderno derecho natural entendió al *beneficium dationis in solutum* como un obstáculo para la aceptación de este deber, porque con base en este *beneficium*, que fue denominado *datio in solutum necessaria* en las fuentes medievales, el deudor debía ser considerado liberado a través de la ejecución de una prestación diversa a la originalmente debida.

La *datio in solutum necessaria* que fue eliminada de los códigos civiles de Europa occidental, está aún presente en algunos ordenamientos latinoamericanos y hace parte de las discusiones actuales sobre los instrumentos jurídicos necesarios para la ayuda a los deudores afectados por la crisis hipotecaria en España. Así mismo, instituciones procedimentales con efectos similares a este *beneficium* encuentran aún hoy aplicación en el *common law* (e. g. *strict foreclosure*).

Ejemplos normativos recientes del uso de esta institución en Latinoamérica se encuentran en el artículo 14 del Decreto 2331 de 1998 del gobierno colombiano y el Decreto 905 de 2002 del gobierno argentino, que fue denominado como "de Necesidad y Urgencia".

En el artículo 14 del Decreto 2331 de 1998 el gobierno colombiano ordenó que el deudor de un contrato de mutuo para financiamiento de vivienda podría entregar el inmueble hipotecado al banco mutuante para la extinción del contrato, dentro del año siguiente a la expedición de la norma, si el valor de dicho inmueble fuese menor que la suma adeudada. El Decreto 905 de 2002 del gobierno argentino reguló la forma cómo, en razón a la crisis financiera, los titulares de cuentas bancarias podrían ejercer la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente, en dación en pago, total o parcial, de dichos depósitos, bonos del gobierno nacional en dólares estadounidenses libor 2012.

Esta investigación pretende aclarar las relaciones históricas existentes entre la tradición europea occidental y el subsistema latinoamericano con respecto a la regulación de la *datio in solutum*. El análisis se centra especialmente en aquellos códigos en los cuales dicha figura jurídica ha sido expresamente regulada. Debido a la importancia de la *datio in solutum necessaria* en los ordenamientos latinoamericanos y

en el desarrollo del deber de cumplimiento -principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*-, este estudio comprende no sólo la *datio in solutum voluntaria*, sino también el nombrado *beneficium*. Para el efecto se analizarán las fuentes romanas y medievales pertinentes, así como la recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas.

I. LAS FUENTES ROMANAS

La inexistencia en las fuentes romanas de una locución dirigida a la identificación exacta del *aliud pro alio*¹, así como la vaguedad de las expresiones a

¹ La expresión "*datio in solutum*" no existe ni en los Digestos, ni en otras fuentes jurídicas romanas.

Ver, ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, 2008, 3-4 y 9. ANTONIO SACCOCCIO, «*Datio in solutum*»: storia e dogmatica di una locuzione, en: *Fides Humanitas Ivs. Studii in onore di Luigi Labruna VII*, 2007, 4893 (4893). ANTONIO SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*, ReA, 14 (2002), 18 (18). GENEROSO MELILLO, *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, 1970, 135. HERNÁN BARRIOS CARO/GABRIEL VALLS SAINTIS, *Teoría general de la dación en pago. Estudio de doctrina y legislación*, 1961, 17. VITTORIO POLACCO, *Della dazione in pagamento*, v. 1, 1888, 14. ROBERT VON RÖMER, *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher*, 1866, 2.

² En las fuentes romanas son usuales diversas expresiones dirigidas a identificar la *datio in solutum*. Estas expresiones contienen normalmente el verbo *solvere* en alguna de sus formas (STEINER se ha expresado contra esta opinión al sostener que "*die datio in solutum im klassischen und justinianischen Recht schlechtweg mit solvere*" es identificada de manera esporádica. Como prueba Steiner ha aducido el D. 12, 6, 25, 4 y el D. 46, 3, 98. Por una parte, como SACCOCCIO ha afirmado, es posible interpretar el primer fragmento como un ejemplo de *rem pro pecunia*, porque dicho fragmento contiene la expresión *rem pro pecunia solutam parere liberationem*. Por el otro, como ha afirmado EDMUNDS, el segundo texto no trata de una *datio in solutum*, sino de una *Leistung des Geschuldeten*). Como ejemplos pueden ser nombrados: *aliud pro alio (consentiente creditore) solvere* (D. 12, 1, 2, 1; G. 3, 168; I. 3, 29 pr.); *rem pro re solvere* (D. 13, 5, 1, 5; D. 23, 3, 25; D. 46, 3, 46 pr.); *pro eo quod debeo aliquid solvere* (D. 12, 6, 19, 3); *rem pro pecunia solvere* (D. 12, 6, 26, 4); *pro soluto rem dare* (D. 13, 7, 24 pr.; C. 8, 44, 4); *pro debito dare* (D. 46, 3, 46, 1; C. 6, 30, 22, 6; C. 4, 32, 27, 1); *in solutum tradere* (C. 7, 45, 8 pr.); *rem pro alia solvere* (D. 46, 3, 46 pr.); *in solutum dare pro debito* (C. 8, 42 (43), 10); *in solutum suscipere* (C. 8, 42, 16).

MELILLO ha demostrado que estas expresiones son sin embargo ambiguas. La frase *in solutum dare* no es una expresión definida jurídicamente, sino que ella se refiere a veces a la prestación exacta (D. 12, 1, 19, 1) y a veces a la inexacta (D. 4, 4, 40, 1; D. 16, 1, 5; D. 46, 3, 46, 2; D. 46, 3, 45 pr.; D. 47, 20, 3, 1; C. 4, 10, 6; C. 4, 51, 4; C. 5, 71, 15; C. 6, 30, 22, 6; C. 7, 71, 4, 1; C. 8, 19 (20), 1, 1; C. 8, 13 (14), 13; C. 8, 42 (43), 10). En algunas fuentes no es claro, si la expresión *in solutum dare* se refiere a la *solutio* o a la *datio in solutum*. Como ejemplos pueden ser citados: D. 46, 3, 60 y C. 4, 35, 14.

También es frecuente el uso de las expresiones *in solutum datus* o *data*. Como ejemplos del uso de estas expresiones pueden ser nombrados: D. 2, 15, 8, 22; D. 41, 3, 4, 17; C. 4, 15, 5; C. 4, 44, 9; C. 7, 45, 8, 1; C. 8, 30 (31), 3. Por otra parte el empleo de la expresión *in solutum accipere* tampoco es clara. Ella se refiere no sólo a la prestación exacta (D. 12, 1, 19, 1; D. 46, 1, 36; D. 49, 14, 18, 10), sino a la inexacta (D. 42, 4, 15; D. 44, 4, 4, 31). El empleo de la expresión *pro soluto* es reducido y en todo caso susceptible de interpretaciones ambiguas (D. 13, 7, 24 pr.; D. 41, 3, 48; D. 46, 3, 72 pr.).

él asociadas², contrasta con su uso particularmente frecuente en la economía romana³.

El fenómeno *pro soluto* supone un sistema económico que, como aquel de la roma antigua y clásica⁴, se caracterice por su concentración en estructuras aisladas de producción agraria o que en todo caso impliquen la contracción del ámbito comercial o la limitación del mismo fuera de los centros urbanos. La escasa circulación monetaria provoca que o bien las relaciones obligatorias sean de naturaleza no monetaria, o bien que las obligaciones dinerarias pierdan su naturaleza.

Así, como afirma MELILLO⁵, el uso del *aliud pro alio* en la economía romana no pudo ser extraordinario. Por ello la falta de precisión en las fuentes romanas no puede ser atribuida al desconocimiento del fenómeno, sino más bien a la relativa lejanía de la institución de los intereses de un derecho a menudo ligado a las clases socialmente preeminentes⁶. Sólo una conciencia jurídica más sutil que su antecesora conducirá a una nueva perspectiva sobre el fenómeno⁷,

El intercambio convencional de cosas debidas es designado a través de una gran variedad de términos que a veces ni siquiera se relacionan con el concepto de cumplimiento, así por ejemplo *aliud reddere* (G. ep. 2, 10); *aliud commutare* (D. 2, 15, 8, 24 –SACCOCCIO sostiene, sin embargo, que este fragmento no se refiere a la *datio in solutum*, sino a la conciliación–), *aliud pro alio permutare* (D. 3, 3, 58), *in quantitatem debiti satisfacere*, *aliquid pro pecunia accipere* (D. 3, 6, 1, 4); (D. 13, 7, 24 pr.), *pro debito accipere* (C. 4, 35, 22, 2). En relación con la compraventa se pueden encontrar: *vice pretii dare* (D. 44, 4, 4, 31), *pro debito dare* (D. 46, 3, 46, 1), *in aliam formam accipere* (D. 46, 3, 99) y otras expresiones, cuyo análisis excedería el alcance del presente escrito (verbi gratia, *vicem solutionis continere* in D. 38, 1, 37, 4; en relación con la sustitución de una prestación por dinero, *pro pecunia valere* in I. 3, 25, 2; *rem pro re dare* in D. 34, 4, 6 pr.; *pro auro* oder *pro solutione rem accipere* in D. 35, 2, 30, 1; Nov. 4, 3 pr.; Nov. 120, 6, 2).

Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 4-8. SACCOCCIO, *Datio in solutum...* (cit., 1), 4893-4895. CHRISTIAN EDMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, 2007, 57. GUIDO ASTUTI, *Dazione in pagamento (storia)*, in: *Enciclopedia del diritto*, 11. Bd., 1981, 727 (730). ENZO NARDI, *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, in: *Studi in memoria di Guido Donatuti*, v. 2, 1973, 773 (773-774). MELILLO (cit., 1), 134 - 135. SIRO SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, V. 1, 2 Ed., 1935, 161. HANS STEINER, *Datio in Solutum*, 1914, 48-49. POLACCO (cit., 1), 14. VON RÖMER (cit., 1), 2.

³ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 13. MELILLO (cit., 1), 137.

⁴ Sobre el sistema económico romano ver TENNEY FRANK, *An economic survey of ancient Rome*, v. 1 y 5, 1959.

⁵ MELILLO (cit., 1), 137-138.

En el mismo sentido SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 13. POLACCO (cit., 1), 11.

⁶ MELILLO (cit., 1), 144.

⁷ Una persuasiva doctrina afirma que vestigios seguros sobre el origen del debate sobre la *datio in solutum* se pueden encontrar entre el período antiguo tardío y el alto clásico de la jurisprudencia romana.

Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 26. NARDI (cit., 2), 784-785. EMILIO BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2. Bd., 1960, 463. MAX KASER, *Restituere als Prozessgegenstand: ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, 1932, 182. STEINER (cit., 2), 45-47; 142-144.

como muestra la conocida⁸ disputa entre las escuelas a la cual se refiere G. 3, 168⁹.

El caso al que más frecuentemente se refieren los fragmentos es aquel en el cual el *aliud* es *in dando*; más exactamente, aquel que consiste en la hipótesis de la *datio* de una cosa mueble o inmueble en lugar de una suma de dinero (*res pro pecunia*)¹⁰ o de otra cosa (*res pro re*)¹¹.

⁸ Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 163-176. MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 18 Ed., 2005, 262. SACCOCCIO, *La C.D. datio in solutum necessaria...* (cit., 1), 18. EDMUNDS (cit., 2), 56-58. CARLOS J. MEDELLÍN, *Lecciones de derecho romano*, 14 Ed., 2000, 209-215. JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano*, 12 Ed. Aufl., 1999, 302-317. ALBERTO BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4 Ed., 1998, 575-597. REINHARD ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, 1996, 753. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, v. 2, 1996, 304-305. GIOVANNI PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3 Ed., 1991, 622-624. MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, 1990, 634-639. PAUL JÖRS/WOLFGANG KUNKEL/LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht*, 4 Ed., 1987, 264. VICENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, 10 Ed., 1986, 440. EUGÈNE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, 1982, 630-637. ASTUTI (cit., 2), 727-728. ÁLVARO D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, 1960, 2 Ed., 1975, 276-278. NARDI (cit., 2), 784-793. MELILLO (cit., 1), 24-28; 40-48; 78-89. FRANCESCO MUSUMECI, *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'* (Osservazioni su D. 46, 3, 46), *Ivra*. RIDRA 20 (1969), 524-526. PIETRO BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, 3 Ed., 1965, 422-424. SEBASTIÃO CRUZ, *Da «solutio»*, 1962, 123. GIOVANNI ELIO LONGO, „Datio in solutum“ (*Diritto Romano*), in: *Novissimo Digesto Italiano*, 5 Ed., 1960, 172 (173). BETTI (cit., 7), 463. PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, 3 Ed., 1954, 358-359. FRITZ SCHULTZ, *Classical Roman Law*, 1951, 629-630. SOLAZZI (cit., 2), 167-172. STEINER (cit., 2), 45. VON RÖMER (cit., 1), 63-82.

⁹ Según G. 3, 168: *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, ultrum ipso iure liberetur, quod nostris praecceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.*

¹⁰ Como afirmó STEINER, este caso (*res pro pecunia in solutum dare*) debe "nicht bloß deshalb an erster Stelle erwähnt zu werden, weil er der im Leben wichtigste und häufigste ist, sondern auch deshalb, weil er geschichtlich den Ausgangspunkt für die ganze Lehre bildet. Dieser Fall hat auch den Kompilatoren vorgeschwebt als sie die *datio in solutum* mit dem Kaufe verglichen und die analoge Anwendung von Kaufgrundsätzen vorsahen" (STEINER (cit., 2), 119).

Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 75. TALAMANCA (cit., 8), 639. ASTUTI (cit., 2), 728. NARDI (cit., 2), 796. CRUZ (cit., 8), 121-124. LONGO (cit., 8), 173. SOLAZZI (cit., 2), 163.

En relación con el caso *res pro pecunia in solutum dare*, Saccoccio distingue (SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 76-104) aquellos fragmentos en los cuales no es claro lo que constituye el *aliud* en el *aliud pro pecunia* (G. ep. 2, 10; D. 13, 5, 1, 5; D. 16, 1, 5; D. 42, 4, 15; D. 44, 4, 4, 31; C. 6, 30, 22, 6; C. 7, 71, 4, 1; C. 8, 30, 3; C. 8, 42, 17), de aquellos fragmentos que se refieren al caso en el que el *aliud* es un *fundus* (D. 12, 6, 26, 4; D. 4, 4, 40, 1; C. 8, 44, 4; C. 8, 42, 24), un siervo (G. ep. 2, 10; C. 7, 45, 8 pr; C. 8, 42, 10; C. 5, 51, 4), aceite, vino, trigo (D. 2, 15, 8, 24; D. 12, 6, 26, 5; D. 13, 5, 1, 5) u ovejas (C. 4, 44, 9).

¹¹ ASTUTI (cit., 2), 728. LONGO (cit., 8), 173. SOLAZZI (cit., 2), 163.

STEINER afirmó que el origen de esta forma de *datio in solutum* puede ser encontrado en una época tardía, "denn Voraussetzung ist die durch das Zusammenwachsen von Schuld und Haftung herbeigeführte Umbildung des Solutionsbegriffes" (STEINER (cit., 2), 119). CRUZ opinó en el mismo sentido (CRUZ (cit., 8), 123).

Ejemplos de fragmentos que se refieren a este caso son D. 12, 6, 26, 5; D. 46, 3, 46; C. 5, 71, 15.

Según STEINER¹² la palabra *solutio*, con la cual se había identificado originalmente la disolución de la responsabilidad por el pago de dinero, habría mantenido este significado a pesar de su paulatina especialización en el lenguaje de las fuentes clásicas. De manera tal que la *datio* de dinero en lugar de una cosa (*pecunia pro re*) no podía constituir un caso de *datio in solutum* sino de *solutio* en el derecho clásico. A pesar de lo sostenido por Steiner y como afirma una nueva corriente¹³, es posible por una parte, deducir que *pecunia pro re* fue de hecho un caso de *datio in solutum*, a partir del D. 12, 6, 26, 6 y de un *rescriptum* de Septimio Severo¹⁴ que se encuentra en el papiro Columbia 123 (Inventory n.º 516) de 200 d.C.¹⁵; y por la otra, confirmar la *datio in solutum* de *pecunia pro pecunia* con base en el D. 46, 3, 99¹⁶.

Es por otra parte generalmente aceptado¹⁷ que puede ser descartada la *datio in solutum* de un crédito (*nomen*) en el derecho romano clásico, por cuanto la *cessio solvendi causa* debió ser realizada, en razón al principio de la intransferibilidad de las obligaciones, ya a través de una *delegatio promittendi* o ya mediante la *procura in rem suam*¹⁸, desde la introducción del proceso formulario. De manera concordante según la opinión unánime¹⁹, la *datio in solutum* de un crédito fue válida sólo en el derecho justinianeo. SOLAZZI²⁰ afirmó, sin embargo, que la expresión *nomen in solutum dare* había sido utilizada en un *rescriptum* de Diocleciano para identificar aquel caso en el cual el deudor *in rem suam procuratorem fecit*²¹. En razón a la homogeneidad del lenguaje utilizado en ese fragmento²², se ha afirmado más recientemente que el crédito podía haber sido dado *pro soluto* por lo menos desde finales del siglo III d.C.²³.

¹² STEINER (cit., 2), 129-131.

¹³ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 105-106. SOLAZZI (cit., 2), 165.

¹⁴ AMPHILOCHIOS PAPATHOMAS, *Ein neues Reskript des Kaisers Septimius Severus und Caracalla*, ZPE 131 (2000), 130.

¹⁵ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 105-108.

Sobre Papyrus Columbia 123 (Inventory n.º 516) de 200 d.C. ver WILLIAM LINN WESTERMANN/A. ARTHUR SCHILLER, *Apokrimata: decisions of Septimius Severus on legal matters*, 1954.

¹⁶ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 104-105.

Según el D. 46, 3, 99: *Respondit non esse congruendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re donnum aliquid passurum sit*.

¹⁷ ASTUTI (cit., 2), 728. LONGO (cit., 8), 173. SOLAZZI (cit., 2), 163-165. STEINER (cit., 2), 120.

¹⁸ STEINER (cit., 2), 120-128.

¹⁹ Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 154. ASTUTI (cit., 2), 728. LONGO (cit., 8), 173. SOLAZZI (cit., 2), 163-165. STEINER (cit., 2), 120.

²⁰ SOLAZZI (cit., 2), 164-165.

²¹ Se trata de: C. 4, 10, 6; C. 4, 15, 5; C. 8, 42, 16.

²² Además de estos argumentos a afirmado NARDI que „la dottrina afferma però che *datio* ci sarebbe stata solo con una *cessio pro soluto* (mentre con una *cessio pro solvendo* si sarebbe invece avuta estinzione del credito pecuniario per solutio al momento del pagamento del credito ceduto). Ai due tipi di *cessio* corrisponderebbe un diverso regime d'azioni, desumibile dal secondo e dal terzo rescritto, ed uno di quei regimi potrebbe doversi attribuire a Giustiniano, con la conseguenza eventuale di non poter ammettere *datio in solutum* di nomina se non al tempo suo. Io ritengo... che il diverso regime d'azioni vada spiegato senza uscire dall'ambito degli effetti della *datio*“ (NARDI (cit., 2), 803).

²³ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 154 - 155. NARDI (cit., 2), 803.

Por su parte STEINER²⁴ negó el uso del *aliud pro alio* cuando el *aliud* era un *face-re*, con base en el D. 46, 3, 98,6²⁵. No obstante la probada interpolación de este texto impediría demostrar con él la improcedencia del *factum pro facto* o de la *datio pro facto*²⁶.

De otro lado, con relación a la definición del *genus proximum* de la *datio in solutum* según las fuentes romanas, KRETSCHMAR²⁷ expuso la tesis según la cual el significado original de la palabra *solutio* se habría referido a todo acto que al acreedor satisficiera y con ello, el vínculo material del *obligatus* disolviese. Según su opinión, las fuentes clásicas habrían empleado la palabra *solutio*, en oposición a su significado original, sólo con relación a aquellos actos en virtud de los cuales, el acreedor hubiera obtenido aquello que a él le hubiese sido debido en razón a la *obligatio*. En este período, por consiguiente, sería *satisfactio*²⁸ cualquier otro acto que a pesar de ser realizado con el objeto de disolver el vínculo jurídico no fuese la *praestatio eius quod debeatur*. Los actos que perteneciesen a esta categoría no tendrían jamás el efecto *ipso iure*, que por el contrario provocaría sólo la *solutio*²⁹. Así, la *datio in solutum* pertenecería a la categoría de la *satisfactio* según las fuentes romanas³⁰. El ambiguo uso de las pa-

²⁴ STEINER (cit., 2), 131-133.

²⁵ Según el D. 46, 3, 98, 6: *Nemo enim dixit factum pro facto soluto liberationem contingere.*

²⁶ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 155-160. ASTUTI (cit., 2), 728.

²⁷ PAUL KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, 1906, 4-50.

²⁸ CRUZ presentó una tesis aún más extrema, en virtud de la cual „«Satisfacere», na época clássica, significa contentar, «befriedigen». Desde que não se trate dum cumprimento exacto, total, de um dare certum (= solutio), todas as outras formas de cumprimento da obligatio são satisfacciones". Cruz no sólo defendió este *stricto sensu* de la *solutio*, sino que, partiendo de él, criticó la tesis de KRETSCHMAR. En efecto, él afirmó que „não pode sustentar-se que satisfactio clássica é toda a extinção da obrigação que não seja produzida pela solutio, pois, V. g. o perdão, a confusio, o concursus causarum lucrativarum, a circunstância de se tornar impossível a coisa por se converter em res publica ou em res sacra, etc. extinguem a obligatio e não são satisfacciones clássicas". Según la opinión de Cruz, sin embargo, la palabra *satisfactio* en la época clásica tardía y justiniana abarcó la totalidad de casos de extinción de las obligaciones.

S.: CRUZ (cit., 8), 262; 271-272.

²⁹ Esta opinión se basa entre otros fragmentos en: D. 13, 7, 9, 3 y D. 50, 16, 176.

³⁰ KRETSCHMAR (cit., 27), 32, 51.

Esta corriente tuvo una amplia difusión en la doctrina de CRUZ, KASER y STEINER.

CRUZ ha afirmado por una parte, la necesidad del consentimiento del acreedor para la configuración del *aliud pro alio*, y por la otra, que la *satisfactio* se caracteriza, en comparación a la *solutio*, por la presencia de un elemento inestable que se basa precisamente en la voluntad del acreedor.

Según KASER, la *datio in solutum* se desarrolló, con el tiempo y con el continuo proceso de especificación de la *solutio*, como una figura jurídica autónoma, que tenía un indudable efecto liberatorio y que presuponía el consentimiento del acreedor.

STEINER afirmó, por su parte, que la *solutio* fue originalmente un *contractus*, el cual estaba dirigido a la liberación de la responsabilidad. Según su doctrina, esta concepción permite entender sin dificultad alguna, que otra cosa pudiera ser entregada en lugar de dinero, con el consentimiento del acreedor, con el objeto de lograr el efecto propio de la *solutio* (D. 42, 1, 4, 7; D. 50, 16, 47; D. 46, 3, 54). Las reflexiones que son informadas por G. 3, 168 sobre el efecto originalmente *ipso iure* de la *datio in solutum*, surgen en razón a la paulatina especificación de la *solutio*, cuyo significado fue limitado a la *praestatio eius quod debetur*, debido a la fusión del débito y la responsabilidad.

labras *solutio* y *satisfactio* en diversos fragmentos³¹ sería debido a la persistencia del significado original de la *solutio* en la jurisprudencia romana clásica y postclásica.

Una nueva perspectiva³² ha dudado no obstante de la difusión general de la paulatina especialización de la *solutio* y ha afirmado la equiparación de la *solutio* y la *satisfactio* en las fuentes clásicas romanas³³. Esta nueva perspectiva ha fundado la definición de la naturaleza que tendría la *datio in solutum* según dichas fuentes, en los presupuestos exigidos por el indiscutido efecto extintivo del vínculo obligatorio atribuido a ella³⁴. Según diversos fragmentos³⁵, este efecto suponía el consentimiento del acreedor³⁶. Aunque las fuentes no nombran el consentimiento del deudor³⁷, la doctrina predominante³⁸ ha afirmado la imposibilidad de explicar el

CRUZ (cit., 8), 262-264; 280. KASER (cit., 7), 182. STEINER (cit., 2), 45-47; 142-144.

³¹ Como ejemplo pueden ser nombrados: D. 12, 1, 2, 1; D. 23, 3, 25; D. 42, 1, 4, 7; D. 46, 3, 46; D. 46, 3, 54 y D. 50, 16, 47.

³² MELILLO (cit., 1), 2-37.

³³ MELILLO (cit., 1), 36.

³⁴ D. 4, 4, 40, 1; D. 12, 6, 19, 3; D. 12, 6, 26, 5; D. 12, 6, 26, 6; D. 13, 5, 1, 5; D. 16, 1, 5; C. 4, 44, 9; C. 6, 30, 22, 6; C. 8, 20, 2; C. 8, 30, 3; C. 8, 42, 10; C. 8, 42, 17; NoV. 4, 3 pr.

³⁵ Se trata de los fragmentos: G. 3, 168; G. Epit. 2, 10 (18); D. 12, 1, 2, 1; D. 12, 6, 26, 4; D. 20, 6, 6, 1; D. 46, 3, 46 pr.; D. 46, 3, 99; C. 4, 44, 9; C. 8, 42, 16; C. 8, 42, 17; C. 8, 42 (43), 24; I. 3, 29 pr.; NoV. 4, 3 pr.

³⁶ El consentimiento del acreedor fue utilizado por la jurisprudencia romana como elemento diferenciador entre la *datio in solutum* y la *solutio*. Al respecto los fragmentos: I. 3, 29 pr., D. 3, 5, 38 y C. 8, 42, 17.

Ver, EDMUNDS (cit., 2), 58-67. ASTUTI (cit., 2), 728.

³⁷ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 69. ALESSANDRO HIRATA, *Die Leistung an Erfüllung statt und ihre Beurteilung als Kaufvertrag*, 2007, 13.

³⁸ Ver entre otros: HIRATA (cit., 37), 11-20. ASTUTI (cit., 2), 728-729. NARDI (cit., 2), 806. MELILLO (cit., 1), 82. MUSUMECI (cit., 8), 528. BETTI (cit., 7), 463. SCHULTZ (cit., 8), 729-730. SOLAZZI (cit., 2), 161-162. STEINER (cit., 2), 112. OTTO KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, V. 2, 1901, 1380. RUDOLF ERNST, *Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt nach römischem Recht*, 1890, 12. VON RÖMER (cit., 1), 1.

SACCOCCIO ha negado la exigencia del *consensus* para la configuración de la *datio in solutum*. Según su opinión, mientras el consentimiento del acreedor por sí mismo otorga efecto liberatorio a la prestación que se realiza *pro soluto*, el consentimiento del deudor es requerido tan solo para la tradición de la cosa que es dada *in solutum*. Aunque esta tradición es una condición para el consentimiento del acreedor, ella no exige en principio *consensus* alguno entre el *solvens* y el *accipiens*.

Según su opinión, diversas características de la *datio in solutum* permiten constatar la inexistencia de *consensus*. Primero, las fuentes confirman que la entrega de cosas *in solutum* podía ser hecha ya mediante usucapio (D. 46, 3, 60), o ya por un tercero (C. 4, 51, 4). Segundo, aquel menor de edad, que había entregado una cosa *pro soluto*, podía exigir su devolución mediante la *rei vindicatio*, aún sin provocar la invalidez de la *datio in solutum* (D. 4, 4, 40, 1 und C. 5, 71, 15). Tercero, al deudor que realizaba una *datio pro soluto* le fue otorgada la *exceptio doli* y no la *exceptio pacti* según los proculyanos (G. 3, 168).

Aunque esta perspectiva puede parecer persuasiva, sus fundamentos son dudosos.

Por una parte, la doctrina dominante (entre otros NARDI, SOLAZZI y STEINER) duda, que el D. 46, 3, 60 se refiera a la *datio in solutum*. Por otra parte, si bien a partir de la C. 4, 51, 4 se demuestra que la tradición de una cosa *pro soluto* podía ser realizada por un tercero, este hecho no niega la necesidad del *consensus* entre el acreedor y el deudor para la *datio in solutum*, ni su definición como *pactum*.

Además es dudoso, que la C. 5, 71, 15¹ y el D. 4, 4, 40, 1² se refieran a la *rei vindicatio*. Con

efecto extintivo aludido, prescindiendo del consenso entre el deudor y el acreedor de la obligación original³⁹. Más exactamente, ha afirmado MELILLO⁴⁰ que la *datio in solutum* perteneció al *genus* de aquellas *conventiones* que no fueron reconocidas por el derecho civil (*rectius: pacta*)⁴¹.

base en el primero de estos fragmentos, Diocleciano declaró que, en tanto la tradición de un *fundus* realizada por un menor de edad sin el *decreto magistratus* era inválida, entonces también lo sería su tradición *pro soluto*. De la misma forma, ULPIANO declaró, según el D. 4, 4, 40, 1, que si un menor de edad transfiriese, sin *decreto magistratus* (*in solutum inconsulte dedit*), un *fundus*, heredado de su padre, con el objeto de extinguir una deuda heredada, esta *datio in solutum* podría ser revocada mediante la *restitutio in integrum*.

Finalmente, una conocida doctrina ha aceptado, que la *exceptio doli* y la *exceptio pacti* en la jurisprudencia clásica romana no eran mutuamente excluyentes, y por lo tanto, que el pretor podía escoger libremente entre ellas.

Una posición cercana a la de SACCOCCIO, fue ya sostenida por CRUZ, para quien la *datio in solutum* fue una forma especial de *satisfactio* en el derecho romano. Según su opinión: "*a satisfactio é o cumprimento de um satis, quem tem de dizer satis est é o credor. Logo a satisfactio, até certo ponto, está dependente da voluntariedade do credor, a qual pode variar não só de pessoa, mas até de momento para momento na mesma pessoa. Portanto na base de toda a satisfactio, há sempre pelo menos este aspecto de incerteza proveniente da voluntariedade do credor*".

Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 69-70, 174. GENEROSO MELILLO, *Patti* (storia), in: *Enciclopedia del diritto*, 32. Bd., 1982, 479 (492). NARDI (cit., 2), 806-808. MELILLO (cit., 1), 41-42. CRUZ (cit., 8), 262-263, 280.

¹ C. 5, 71, 15.

Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permisit senatus consulti auctoritas.

² C. 4, 4, 40, 1.

Praedia patris sui minor annis viginti quinque debita rationis tutelae aliorum, quam pater administraverat, in solutum inconsulte dedit: ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est, usuris pecuniae, quam constiterit ex tutela debere, reputatis et cum quantitate fructum perceptorum compensatis.

³⁹ HIRATA (cit., 37), 13, 67. NARDI (cit., 2), 806.

⁴⁰ MELILLO (cit., 1), 82.

⁴¹ Ciertamente, según el *ius civile*, la *datio in solutum* no pudo ser *contractus*. Como es reconocido en general por la dogmática romanista, el uso técnico de la palabra *contractus* se desarrolló en conexión con el sistema de las fuentes de las obligaciones, y por lo tanto, el efecto solutorio fue completamente excluido de esta categoría. En consecuencia, debe ser falsa la afirmación de Steiner según la cual la *datio in solutum* fue un contrato en la jurisprudencia romana.

Según la opinión de MELILLO, es enteramente probable que el punto de partida de la discusión a la que se refiere G. 3, 168, se encuentre en las diversas perspectivas, que fueron defendidas al inicio de la época del principado, sobre los límites exactos existentes entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Más exactamente según la posición de este autor, el contexto de la disputa entre proculianos y proculeyanos se encontraría en la tensión subyacente de manera casi permanente en la historia de la jurisprudencia romana entre *contractus* y *pactum*.

En relación con la interpretación de G. 3, 168, KRETSCHMAR afirmó que, mientras los sabianianos habían definido la *datio in solutum* como una forma de *solutio*, los proculeyanos habían considerado esta figura como un *pactum de non petendo*. Por esta razón, estas escuelas habrían tenido diferentes perspectivas acerca de los efectos de la figura. Esta tesis fue compartida con algunas diferencias por SIBER y WACKE.

De manera diversa a esta tesis, MELILLO ha sostenido que diversos *pacta* debieron haber sido el medio usual y adecuado a través del cual, una figura jurídica sin tipicidad normativa como la *datio in solutum*, podía no sólo adaptarse, sino proteger los intereses de las partes de la relación obligatoria. El empleo de una gran cantidad de diversos *pacta* asociados a la *datio in solutum* explicaría, por una parte, la inexistencia de una expresión fija dirigida a la identificación exacta del fenómeno *aliud pro alio*, así como la vaguedad de las expresiones a él asociadas; y

De esta forma sería explicable la afirmación de GAYO según la cual, los proculyanos⁴² habrían otorgado a la *datio in solutum* un efecto *iure praetorio*, mientras que los sabinianos habrían equiparado a ésta con la *solutio*⁴³.

Otros fragmentos reflejan el uso por parte de la escuela sabiniana de la técnica argumentativa que sustenta su posición descrita por G. 3, 168⁴⁴. Como G. 3, 141⁴⁵

por la otra, las soluciones divergentes, que presentan las fuentes, en relación con el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*.

Aunque la posición de MELILLO en relación con la definición del *genus* de la *datio in solutum* de acuerdo con las fuentes romanas es correcta; su tesis según la cual los sabinianos basaron su opinión, descrita en G. 3, 168, en el carácter contractual de la *datio in solutum*, es seguramente falsa.

Ver, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato*, II: El sistema y el vocabulario de la negociabilidad jurídica en las codificaciones americanas, REHJ, 19 (1997), 95 (95). ZIMMERMANN (cit., 8), 562. ANDREAS WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Ausbilfsfunktion der exceptio doli*, ZSS RA, 90 (1973), 259. MELILLO (cit., 1), 41, 45-48; 73-82, 144-145. GIUSEPPE GROSSO, *Contratto (diritto romano)*, in: *Enciclopedia del diritto*, 9. Bd., 1961, 750 (752). GIUSEPPE GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3 Ed., 1963, 6; 48; 63-66; 172. GUIDO ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, V. 1, 1952, 27; 32-33; 40; 59; 461-462. SCHULTZ (cit., 8), 630. STEINER (cit., 2), 48. KRETSCHMAR (cit., 27), 51-82. MORITZ VOIGT, *Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, V. 1, 1883, 561-562.

⁴² Una conocida tesis (*v. s. cit.*, 41) afirmó que los proculyanos consideraron la *datio in solutum* como un *pactum de non petendo*. En contra de dicha tesis, se afirmó que si fuese cierta al deudor hubiese sido otorgada una *exceptio pacti* y no una *exceptio doli* como atestiguan las fuentes (G. 3, 168). Esta tesis fue defendida al sostener que en el derecho romano clásico existió una relación causal entre el *pactum* y la *exceptio pacti*. Al deudor correspondía la *exceptio doli* sólo si el *edictum de pactis* no podía ser aplicado (KOSCHAKER). La inaplicabilidad del *edictum pactis* tenía lugar cuando, entre otras razones por ejemplo, el *pactum* era inválido (D. 2, 14, 21,2), no existente (D. 22. 1. 13 pr.) o cuando un tercero pretendía hacerlo valer (D. 2, 12, 21, 2). Según esta nueva perspectiva, la opinión según la cual la *exceptio doli* y la *exceptio pacti* en el derecho romano clásico eran mutuamente excluyentes fue resultado de la interpolación medieval (especialmente en D. 44, 4, 2, 4). Aunque esta tesis puede ser correcta, conlleva, sin embargo, a sostener que diversos fragmentos son interpolados. Una razón histórica convincente sobre estas interpolaciones es, sin embargo, difícil de encontrar. Por ello ha afirmado Knütel que la *exceptio doli* y la *exceptio pacti* en el derecho romano clásico no fueron mutuamente excluyentes.

Ver, ROLF KNÜTEL, *Die Inhärenz der exception pacti im bonae fidei iudicium*, ZSS RA 84 (1967), 156-157. GIUSEPPE GROSSO, *Efficacia die patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti*, 1928, 34-42. PAUL KOSCHAKER, *Bedingte Novation und pactum im römischen Recht*, in: *Festschrift für Gustav Hanaušek zu seinem siebzigsten Geburtstag am 4. September 1925/überreicht von seinen Freunden und Schülern*, 1925, 141-151. KRETSCHMAR (cit., 27), 51-82.

⁴³ HIRATA (cit., 37), 72. KASER (cit., 7), 183. KRETSCHMAR (cit., 27), 51-82.

⁴⁴ HIRATA (cit., 37), 69. MANFRED HARDER, *Die Leistung an Erfüllung statt*, 1976, 92. KRETSCHMAR (cit., 27), 54-56.

⁴⁵ Según G. 3, 141: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit valde quaeritur. Nostri praecipitores potant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde illud est, quod vulgo potant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissiman esse, argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sich ait: ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηγομόωντες Ἀχαιοί, ἄλλοι μὲν χαλκῶι, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳι, ἄλλοι δὲ ὀνοις, ἄλλοι δ' αὐτῆισι βόεσσιν, ἄλλοι δ' ἄνδραπόδεσσι* (Hom. Il. 7, 472-475). *Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem, alioquin non posse rem expediti permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus ultramque rem videri et ve-*

evidencia, contra la opinión de los proculeyanos, los sabinianos habrían sostenido que los contratos de permuta y compraventa coinciden en su esencia, por cuanto tanto el precio de la compra, como la *res* objeto de la permuta podían ser considerados con relación a su valor. Como estima HIRATA⁴⁶, en el caso de la *res pro pecunia*, los sabinianos habrían apreciado el valor del *aliud* como equivalente a la prestación original debida, de manera tal que con la ejecución de éste la obligación se extinguiría como si hubiese acaecido la *solutio* (*rectius: ipso iure*).

De otro lado como afirma HARDER⁴⁷, después de Justiniano y hasta el final del siglo XIX, los juristas emprendieron numerosos esfuerzos dirigidos a armonizar las fuentes existentes con relación a la *datio in solutum*. En particular en el caso de la evicción de la cosa dada como *aliud*, los textos documentan que el acreedor podía recurrir o bien a una *actio empti utilis*⁴⁸ o bien a la obligación original⁴⁹.

Estas soluciones fueron consideradas como contradictorias por los glosadores⁵⁰. Con el objeto de eliminar dicha antinomia, afirmaron éstos que la equivalencia del caso de la *re pro pecunia* y la *emptio venditio* era el fundamento dogmático de la opinión informada por el D. 13, 7, 24 pr. y por la C. 8, 44, 4, según la cual al acreedor debía ser concedida la *actio empti utilis* en caso de evicción de la cosa dada *in solutum*⁵¹.

Esta interpretación de la glosa fue no sólo compartida por la doctrina medieval, sino incluso profundizada. Juristas del *mos gallicus*⁵² y del *usus modernus pandectarum*⁵³ equipararon la *datio in solutum* y la *emptio venditio*. Con algunas objeciones, esta posición fue aceptada por autores del moderno derecho natural⁵⁴ y de la pandectísti-

nisse et utramque pretii nomine data esse, absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

⁴⁶ HIRATA (cit., 37), 69.

⁴⁷ HARDER (cit., 44), 69.

⁴⁸ D. 13, 7, 24 pr.; C. 8, 44, 4.

⁴⁹ D. 12, 6, 26, 4; D. 46, 3, 46 pr.; D. 46, 3, 98 pr.; C. 7, 45, 8.

⁵⁰ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 214. HARDER (cit., 44), 69-70. ASTUTI (cit., 2), 732.

⁵¹ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 246. HARDER (cit., 44), 69. ASTUTI (cit., 2), 732. VON RÖMER (cit., 1), 24.

⁵² Como ejemplo, DONELLUS, según el cual: „*Datio in solutum est emptio quæ fit brevi manu. Celeritate enim conjungendorum actuum, is actus qui solvendo, et soluto pretii vice reddendo expiendus quasi per occultum intermortuus videtur*” (HUGONIS DONELLI, *Opera Omnia. Commentariorum de jure civili*, v. 4, 1842, lib. XVI, cap. IX, 770).

⁵³ Como ejemplo, LEYSER, según el cual: „*Datio in solutum veram emptionem & venditionem esse, ex totius negotii indole & recta ratione satis patet. Igitur quidquid in iuribus nostris de emtione & venditione constitutum est, hoc omne ad dationem in solutum trahi debet*” (AVGVSTINI LEYSERI, *Meditationes Ad Pandectas: Quibus Præcipua Iuris Capita Ex Antiquitate Explicantur, Cum Iuribus Recentioribus Conservantur Atque Variis Celebrivm Collegiorum Respondis Et Rebus Iudicatis Illostrantur*, v. 7, Ed. 3, 1744, 966).

⁵⁴ Así por ejemplo, DOMAT caracterizó el caso de *re pro pecunia* como un contrato de compraventa, en el cual debía ser considerada la suma debida como el precio. Según su opinión: „*Si un créancier d'une somme consentoit de recevoir en payement un fonds ou autre chose, ce seroit une vente dont la somme dûe seroit le prix. Ainsi le débiteur demeureroit garent de evictions, et ne seroit acquitté qu'à la charge de la garantie, le payement demeurant sans effet si le créancier étoit evince de l'heritage pris en payement, si ce n'est qu'il eût été autrement convenue. Et comme les diminutions que pourraient arriver à la chose donnée en payement tomberoient sur le créancier, il profiterait aussi de tout ce qui pourroit la rendre meilleure ou plus précieuse*”.

ca⁵⁵. Además esta interpretación fue la corriente predominante en el proceso codificador alemán de los siglos XVIII y XIX⁵⁶.

A pesar de la relevancia de la equiparación de la *datio in solutum* y la compraventa en el proceso codificador alemán, la posición según la cual el acreedor tiene el derecho de elección (*Wahlrecht*) entre la *pristina obligatio* y la *actio ex empto utilis* en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* en el derecho romano, tuvo un rol predominante en la pandectística⁵⁷. Este derecho de elección fue expuesto como el único camino posible para poder armonizar las divergentes fuentes justinianeas⁵⁸.

Contra esta doctrina fueron elevadas, sin embargo, diversas críticas. Por una parte, como Baron⁵⁹ muestra, no existe en las fuentes romanas referencia alguna a tal derecho de elección. Por otra parte, las acciones, a las cuales los fragmentos se refieren en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, se excluyen mutuamente⁶⁰. De hecho, contrariamente a la *actio* de la *pristina obligatio*, la *actio ex empto*

Aunque Pothier aceptó que la *datio in solutum* no es un contrato de compraventa, él caracterizó esta figura jurídica como un acto asimilable a este contrato. En comparación a DOMAT afirmó POTHIER: "C'est en consequence de cette ressemblance que le créancier, lors qu'il est evince d'une chose qui lui a été donnée en paiement, a une action contre le débiteur qui la lui a donnée en paiement, ad instar de celle qu'a un acheteur contre son vendeur, utilem actionem ex empto, et de meme que l'acheteur en cas d'eviction, conclut contre le vendeur à la restitution du prix, et en ses dommages et interest, si quid supra pretium ejus intersit rem habere licere, comme nous l'avons vu, du meme le créancier conclut par cette action contre son débiteur, à ce qu'il soit tenu de lui payer la somme en paiement de la quelle la chose cont il a été evince, lui avait été donnée, le paiement de cette somme étant comme la restitution du prix de la cession, et de plus, à ce qu'il soit condamné en ses dommages et interest, si quid supra hanc summan ejus intersit rem habere licere. C'est ce qui résulte de la loi, qui donnent expressément, dans ce cas, utilem actionem ex empto. Observez qu'outre cette action utilem ex empto, le créancier, en cas d'eviction de la chose qui lui a été donnée en paiement, a aussi l'action qui nait de sa créance, de laquelle le débiteur n'a pu être libéré par un paiement qui se trouve inefficace, L. 98 de Solut. Mais l'action utilis ex empto lui est souvent plus avantageuse, par ce qu'elle comprend ses dommages et interest, si quid supra intersit".

S.: JEAN DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legume delectus*, V. 1, 1735, livre IV, titre premier, section II, 281. ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle. Traité du contrat de vente*, V. 3, 1847, 239-240.

⁵⁵ Como ejemplo puede ser nombrado Römer, quien, como se analizará más adelante, sostuvo que la *datio in solutum* es un negocio jurídico liberatorio, el cual sin embargo, produce también efectos obligatorios. Para RÖMER, la *datio in solutum* configura un contrato real que tiene no obstante una estructura semejante a la compraventa. Partiendo de estas premisas, es posible sostener, según su opinión, que el negocio jurídico descrito está dirigido a la extinción de la obligación original a través de la transmisión *in solutum* de la cosa. Por consiguiente, la obligación original no se extingue en caso de incumplimiento de la *traditio in solutum*. Por el contrario, surge en este caso un efecto obligatorio, el cual tiene su origen en la garantía de evicción del deudor.

S.: VON RÖMER (cit., 1), 54-59.

⁵⁶ v. i. III. 1.

⁵⁷ HIRATA (cit., 37), 128. HARDER (cit., 44), 81.

⁵⁸ HEINRICH DERNBURG, PANDEKTEN, V. 2, Ed. 7, 1903, 164.

⁵⁹ JULIUS BARON, PANDEKTEN, 9. Aufl., 1896, 403.

⁶⁰ DERNBURG, PANDEKTEN (cit., 58), 164. H. WITTE, *Rezension des Buches „Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht“* VON ROBERT, VON RÖMER, in: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 8. Bd., 1866, S. 481 (487).

utilis presupone que "die alte Obligation unbedingt getilgt ist und eventuell ihr Äquivalent in dem Ansprüche auf die Leistung des Interesses wegen Eviktion hat"⁶¹.

Partiendo del supuesto de que los juristas de la jurisprudencia clásica romana concedieron en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum* tan solo la *actio* que procede de la *pristina obligatio*, fueron expuestas numerosas teorías dirigidas a aclarar los fundamentos en virtud de los cuales también fue concedida al acreedor en el derecho romano en este caso la *actio ex empto utilis*⁶².

Algunas de estas teorías señalaron como interpolados los fragmentos que se refieren a la *actio ex empto utilis* con relación al fenómeno *pro soluto*; otras han considerado en cambio esta alteración como dudosa.

Por una parte, expuso RABEL⁶³ la tesis ampliamente difundida en la doctrina⁶⁴, según la cual diversos documentos epigráficos y papirológicos prueban que la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa en el derecho romano proviene de la interpolación de los textos. Según su opinión, esta interpolación se basa en la práctica documental greco-helenística, en la cual los formularios correspondientes a los contratos de compraventa fueron también usados en la redacción de las *datationes in solutum*.

Por otra parte, STEINER⁶⁵ llegó a la conclusión de que la interpolación de estos fragmentos es debida no sólo a la generalización que diversas instituciones de origen clásico sufrieron en la compilación justiniana, sino también a la influencia que tuvo el concepto postclásico de *contractus* sobre las reformas planteadas por dicha compilación.

Aunque las explicaciones de RABEL y STEINER parezcan persuasivas, son con seguridad erróneas.

MELLILO⁶⁶ ha considerado improbable la interpolación de los fragmentos nombrados, en razón al origen clásico de la doctrina, en virtud de la cual la *actio ex empto*

⁶¹ DERNBURG, PANDEKTEN (cit., 58), 164.

⁶² SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 227.

⁶³ ERNST RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuzession und vom Pfandrecht*, ZSS RA, 28 (1907), 312-315.

⁶⁴ Ver, HARDER (cit., 44), 103. ASTUTI (cit., 2), 730. NARDI (cit., 2), 819. LONGO (cit., 8), 173. ANDREAS BERTALAN SCHWARZ, *Haftung für Rechtsmängel bei Leistung an Erfüllungsstatt*, in: *Festschrift Hans Lewald. Bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, 573 (574). SOLAZZI (cit., 2), 188-189. PAUL KOSCHAKER, *Rezension des Buches „Datio in Solutum“ von Hans Steiner*, ZSS RA, 37 (1916), 368.

⁶⁵ STEINER (cit., 2), 77-83. A la misma corriente pertenece la opinión de Betti (BETTI (cit., 7), 463-464).

STEINER mostró que los „Kompilatoren durch die Interpolierung der neuen Auffassung die klassische Ansicht über die *datio in solutum* nicht verdrängen wollten, sondern in ihrer bekannten Generosität in Fülle Rechtsschutz dem Gläubiger darboten, dabei aber vergaßen, dass der Schuldner hierdurch benachteiligt und in seinen Rechten verkürzt werde. Das Bestreben, durch Gewährung vieler Rechtsmittel und durch Aufhebung scheinbarer dem klassischen Recht anhaftender Härten sich den Ruhm eines freigebigen, die Menschheit beglückenden Herrschers zu erwerben, hat Justinian bei manchen Reformen geleitet“ (STEINER (cit., 2), 78-79).

⁶⁶ MELILLO (cit., 1), 92-132.

utilis debía ser otorgada en el caso de evicción de la cosa dada *in solutum*. Según su opinión, el origen de esta solución jurídica se debe al debilitamiento en el tiempo de los severos de los límites que dividían el *ius civile* del *ius honorarium*.

SACCOCCIO⁶⁷ no sólo ha dudado de la interpolación de las fuentes romanas nombradas, sino que incluso ha negado la supuesta antinomia existente entre las soluciones descritas. Según su opinión, la existencia de contradicción se diluye al tener en cuenta la distinción acorde con las fuentes no sólo entre la *emptio venditio* y la *datio in solutum*, sino entre la *actio ex pristina obligatione* y la *actio ex empto utilis*.

Por una parte, el derecho romano definió la *emptio venditio* como *contractus consensus*⁶⁸, mientras que el fenómeno *pro soluto* fue evidentemente excluido de este *genus*⁶⁹. Además fue tratada la *datio in solutum sine causa* en el derecho romano como una *solutio indebiti*, y de manera correspondiente, a diferencia de lo que ocurría con la *emptio venditio sine causa*, era otorgada en este caso la *condictio indebiti*⁷⁰. De la misma forma, mientras el precio irrisorio fue fundamento para la ineficacia de la *datio in solutum*⁷¹, dicho precio de la cosa vendida fue considerado fútil⁷² o, de manera tardía, fundamento de la *dimidia pars veri pretii*⁷³. Así mismo, la evicción parcial de la cosa dada *in solutum* fue fundamento de la ineficacia de la *datio*, concediéndosele al acreedor la acción íntegra de la obligación originaria⁷⁴. Por el contrario, el comprador en razón a la evicción parcial de la cosa comprada podía reclamar judicialmente sólo con relación a la parte evicta⁷⁵. Finalmente podía convalidarse la *datio in solutum* dolosamente celebrada⁷⁶, mientras esta posibilidad fue descartada en el caso del contrato de compraventa⁷⁷.

Por otra parte, a través de la *actio ex pristina obligatione* y de la *actio ex empto utilis* los juristas de la edad clásica romana habrían buscado objetivos diversos⁷⁸. El acreedor podía exigir con base en la primera de estas acciones en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* sólo la prestación originalmente debida. Esta posibilidad implicaba que las garantías reales y personales así como otras ventajas del acreedor relativas a la obligación original pudieran ser no obstante conservadas. Por el contrario, con base en la *actio ex empto utilis*, podía ser exigida no sólo la prestación original, sino la indemnización del daño (*rectius: satisfacere in quantum eius interest*), aunque esta

⁶⁷ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 231-256.

⁶⁸ e. g. C. 3, 139.

⁶⁹ v. s. cit., 41.

⁷⁰ e. g. D. 12, 6, 26, 4.

⁷¹ e. g. D. 12, 6, 26, 4.

⁷² Ver, ZIMMERMANN (cit., 8), 255-259.

⁷³ C. 4, 44, 2.

La *dimidia pars veri pretii* fue llamada *laesio enormis* por los glosadores (JOSÉ CHAMIÉ, *Rescisión por lesión enorme: el origen del problema*, RDP, 19 (2010), 30).

⁷⁴ D. 46, 3, 46 pr.

⁷⁵ D. 21, 2, 1; D. 21, 2, 56, 2.

⁷⁶ D. 46, 3, 36, 2.

⁷⁷ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 254.

⁷⁸ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 233-234. NARDI (cit., 2), 822-824.

posibilidad conllevarse la extinción de las garantías reales y personales así como otras ventajas relativas a la obligación original⁷⁹.

A la luz de estas consideraciones, es posible concluir que dependiendo de cuál objetivo quisiera ser alcanzado, pudo ser concedida o bien la *actio ex pristina obligatione* o bien la *actio ex empto utilis*⁸⁰. De manera tal que no existe contradicción alguna entre las soluciones propuestas por los textos para el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*. Como sostiene SACCOCCIO⁸¹, aunque es plausible que los juristas romanos otorgaran en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum* la *actio ex empto utilis*, la concesión de dicha acción no significó ni la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa, ni la *novatio* de la obligación original. La interpretación de la glosa, la cual afirmó la nombrada equiparación, ha mantenido, sin embargo, una inagotable inercia histórica hasta nuestros días.

JUSTINIANO dictó una Constitución (Nov. 4, 3) hacia el 535 d.C. en virtud de la cual, los acreedores de deudores, que se encontraban en imposibilidad de pago, debían ser considerados satisfechos con base en la entrega de ciertos bienes inmuebles de éstos.

Según la explicación justiniana, esta norma habría tenido por objeto, con base en razones humanitarias, la ayuda a deudores insolventes de contratos de mutuo. El juez de Constantinopla o de las Provincias debía avaluar los bienes inmuebles de dichos deudores que no pudieran ser vendidos y traspasar su propiedad al acreedor. Dicho traspaso hacía las veces de la ejecución de la prestación originalmente obligada. Los deudores debían en todo caso responder por la evicción de los inmuebles dados *in solutum*.

De acuerdo con la fundamentación del emperador, esta norma mantenía el equilibrio contractual, ya que aunque regulaba un beneficio al deudor, al acreedor sólo podían ser traspasados los mejores bienes inmuebles de éste. Conforme con estas razones, ningún interés del acreedor podía ser puesto en peligro por la norma, porque en todo caso la imposibilidad de pago en la que se encontraba el deudor hubiera conducido a resultados similares a través de la intervención del juez, es decir, mediante la *cessio* de ciertos bienes inmuebles del deudor al acreedor.

Esta constitución de JUSTINIANO contradecía el principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest* invocado no raramente en los textos (PAUL. 28 ad ed., D. 12, 1, 2, 1; Gai. 3, 168; I. 1, 3, 29)⁸². El emperador mismo aclaró que esta constitución era evidentemente una norma extraordinaria, con la cual se quería resolver un extendido problema de incumplimiento de contratos de mutuo, que había sido causado a su vez por una coyuntural y local contracción del dinero circulante⁸³.

⁷⁹ D. 21, 2, 8.

⁸⁰ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 234.

⁸¹ SACCOCCIO, *Aliud pro alio...* (cit., 1), 234.

⁸² SACCOCCIO, *La C.D. datio in solutum necessaria...* (cit., 1), 126. LONGO (cit., 8), 173.

⁸³ POLACCO sostuvo una opinión contraria (POLACCO (cit., 1), 60).

Aunque esta norma es considerada excepcional por la doctrina⁸⁴, no es la única de su tipo presente en las fuentes romanas⁸⁵. Por una parte, JULIO CÉSAR ordenó durante la guerra civil la satisfacción de los acreedores a través de la *traditio* de muebles e inmuebles de los deudores⁸⁶. En este caso el valor de éstos debió ser determinado de acuerdo con el precio que tenían antes de la guerra⁸⁷. Por otra parte, es nombrado en las fuentes que JUSTINIANO promulgó una nueva novela (Nov. 120, 6, 2) en el 544 d.C., a través de la cual fue ordenado que los acreedores de entes eclesiásticos deberían ser considerados satisfechos a través de la entrega por parte de éstos de cosas inmuebles.

El análisis de las fuentes romanas permite concluir que, aunque no existe en ellas una expresión fija que identifique el *aliud pro alio*, éste no debió ser un fenómeno excepcional en la economía romana. De otro lado, es posible deducir que diversos *pacta*, que tenían un incontrovertido efecto liberatorio, debieron ser el medio usual y adecuado para la configuración particular de este fenómeno. Por otra parte, respecto de la prestación que podía ser ejecutada *pro soluto*, es posible aseverar que los textos no hacen limitación alguna que no sea aquella basada en el consentimiento del acreedor. En relación con las soluciones que fueron propuestas por las fuentes romanas para el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, es posible afirmar que éstas no fueron mutuamente excluyentes. Si bien la *actio ex empto utilis* fue otorgada, los juristas romanos no afirmaron con ello la equiparación de la *datio in solutum* y la *emptio venditio*.

Por último, de acuerdo con las fuentes analizadas –Nov. 4, 3; Nov. 120, 6, 2 y Suet. Divus Iulius 42, 3– se puede concluir que la figura descrita por ellos, constituye en el derecho romano una excepción al principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest*. Esta figura tenía por objeto resolver el problema del reiterado incumplimiento de obligaciones pecuniarias, causado por una coyuntural y local contracción del habitual ámbito de los intercambios comerciales.

II. LAS FUENTES MEDIEVALES

Los juristas del siglo XVI diferenciaron la *datio in solutum voluntaria* de aquella *necessaria*⁸⁸, con el fin de distinguir aquellos casos susceptibles de ser equiparados con

⁸⁴ KASER/KNÜTEL (cit., 8), 262.

⁸⁵ SOLAZZI y BIONDI han sostenido que el D. 19, 2, 9 pr. y el D. 19, 2, 60 pr., describen casos de *datio in solutum necessaria*. Sin embargo, HIRATA ha sostenido recientemente que estos fragmentos, por el contrario, se refieren al contrato de arrendamiento. Ver, HIRATA (cit., 37), 16. BIONDO BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, V. 3, 1954, 240. SOLAZZI (cit., 2), 81.

⁸⁶ CAES. *De bello civili* 3, 1, 1-3. Suet. *Divus Iulius* 42, 3.

⁸⁷ ASTUTI (cit., 2), 729. POLACCO (cit., 1), 57-58.

⁸⁸ SACCOCCIO, *Datio in solutum...* (cit., 1), 4898. SACCOCCIO, *La C.D. datio in solutum necessaria...* (cit., 1), 46.

el contrato de compraventa. Aunque la *datio in solutum necessaria* fue fundada por los juristas del medioevo en las fuentes romanas, dicha fundamentación es hoy ampliamente discutida⁸⁹.

1. La *datio in solutum voluntaria*

Las fuentes del alto medioevo no contienen referencia alguna sobre el fenómeno *aliud pro alio*⁹⁰. Aunque en la Summa Perusina (siglo X) fueron compiladas algunas constituciones⁹¹ que se refieren a la *datio in solutum*, se trata según la opinión de ASTUTI⁹², de interpretaciones incorrectas de esta institución desde el punto de vista de las fuentes romanas. Es probable que pruebas confiables del nombrado fenómeno pueden ser encontradas sólo en las fuentes del renacimiento jurídico del siglo XII⁹³.

Los juristas del *mos italicus* definieron la *datio in solutum* como un contrato innominado. Esta definición permitió armonizar las divergentes fuentes justinianeas; pues según su opinión, mientras en el caso de la *datio* de una cosa en lugar de dinero tendría lugar una figura equivalente a la compraventa, en el caso de una *datio* de una cosa en lugar de otra tendría lugar una figura equivalente a la permuta⁹⁴.

Así, el acreedor de una obligación dineraria podía hacer uso de la *actio empti utilis* en caso de evicción de la cosa dada *in solutum*, porque el vendedor según el derecho romano no estaba obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa, y por lo tanto la obligación se extinguía a través de la *datio in solutum*, independientemente de que la cosa dada *in solutum* más tarde fuese evicta⁹⁵. Por el contrario, cada parte estaba según el derecho romano obligada en la permuta a transferir a la otra la propiedad de la cosa. Por esto a través de la *datio in solutum* no se extinguía la obligación del deudor a la transferencia de la cosa, si la cosa dada *in solutum* era evicta, en este caso la obligación original junto con sus seguridades continuaba existiendo⁹⁶.

⁸⁹ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 44-46.

⁹⁰ ASTUTI (cit., 2), 732.

⁹¹ Summa Perusina IV, 10, 6; IV, 15, 5; IV, 44, 9; IV, 51, 4; VII, 45, 8; VIII, 19, 1; VIII, 30, 3; VIII, 42, 10; VIII, 42, 16; VIII, 44, 4.

Ver, GUSTAV ERNST HEIMBACH/KARL WITTE (Hrsg.), *Iustiniani Codicis Summam Perusinam, anonymique scriptoris collectio viginti quinque capitulorum item*, 1840, 45-47, 58, 61, 118, 132, 135, 139-140.

⁹² ASTUTI (cit., 2), 732.

⁹³ ASTUTI (cit., 2), 732.

⁹⁴ Ver, SACCOCCIO, *Aliud pro alio*... (cit., 1), 61-62, 214-215. HARDER (cit., 44), 69. MELILLO (cit., 1), 92. SOLAZZI (cit., 2), 173. MARIO ALLARA, *La Prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, ASGUP 12 (1929), 34, 252. STEINER (cit., 2), 50-51. ERNST (cit., 38), 3. VON RÖMER (cit., 1), 4.

⁹⁵ HARDER (cit., 44), 69.

⁹⁶ HARDER (cit., 44), 69.

Aunque esta perspectiva fue defendida por la mayoría de los juristas del *mos gallicus*⁹⁷, otras posiciones fueron también expuestas. A estas voces disidentes perteneció DONELLUS, según el cual con la entrega de un *aliud* tienen lugar tanto un fenómeno solutorio del contrato (*distrabere*) como un evento que constituye el fundamento de una nueva obligación (*neesse est per consequentiam contrahi emptionem*) en forma de una venta⁹⁸. Por otra parte, FABRUS⁹⁹ consideró la existencia de un derecho de elección del acreedor entre la *pristina obligatio* y la *actio empti utilis* en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*.

Los juristas del *usus modernus pandectarum* profundizaron el punto de vista de la glosa. De hecho STRYK sostuvo que la *datio in solutum* es un contrato innominado, el cual „*aut enim species pro specie insolutum datur, aut species pro quantitate sive pecunia; priori casu, si pro specie species solute sit, permutatio est*“¹⁰⁰. Sobre estas bases, concluyó que „*quasi non contracta permutazione pristina obligatio rei debitæ integra manet, re evicta, quæ pro ea soluta erat. Posteriori casu, si species aestimata pro quantitate sive pecunia soluta sit, emptio est, non permutatio, aut sane id genus negotii minimum demutat ab emptione, plurimu a permutazione, & ideo ex natura emptionis liberationem contingere ei, qui rem alienam in solutum dedit pro pecunia, quia pro venditore habetur. Venditor autem non tenetur rem facere accipientis, & sic prior obligatio censetur exspirasse, ut sic potius evictione sit agendum*“¹⁰¹.

Dentro de esta misma escuela, por una parte, LEYSER aceptó que la *datio in solutum* debería ser identificada con el contrato de compraventa, de acuerdo con las fuentes justinianas¹⁰²; y por otra parte CH. F. GLÜCK defendió por el contrario la opinión

⁹⁷ ASTUTI (cit., 2), 732.

⁹⁸ HARDER (cit., 44), S. 72.

Según DONELLUS: „*Cui consequens est, ut cui ita res aliena solute est quæ illi ad solutionem dari debebat, ei pristine maneat actio, non tantum qua esperiri possit re evicta. Sed etiam statim, ut jam ab initio constitit liberationem natam non esse. Idem tamen interdum agrere potest re evicta utili actione ex empto: quod tunc receptum est, cum is qui pecuniam debebat, pro pecunia speciem puta fundum in solutum dedit. Ex empto actio in proposito ideo, quia cum res datur pro pecunia, emptio et venditio contrahitur. Sed ex empto tantum utilis, quia si spectator id quod in proposito principaliter agitur, non potest videri contracta emptio, cum id quod datur pro pecunia solvendi causa detur: proinde et negotii distrabendi. Non potest autem idem distrabendi negotii causa datum videri simul et contrahendi. Quo fit, ut dum principaliter non contrahitur jure emptio, nec possit ex ea datione nasci directa actione ex empto. Sed ut principaliter perveniatur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando, neesse est per consequentiam contrahi emptionem. Speciem enim pro pecunia debita dari oportet: atque hoc quoties fit ex consensus, emptionem esse neesse est. Quare erit et ex hoc negotio ex empto actio: quæ quoniam non potest esse directa, relinquitur, ut sit utilis*“ (DONELLI (cit., 52), lib XVI, cap. IX, 770).

⁹⁹ FABRUS sostuvo que: „*Cæterum nihil vetat, oe quoq; casu quo data sit in solutum species pro pecunia, si postmodum species evicta fit, manere qui pristina obligationem incorrupta, sed nihilominus teneri debitore actione utili ex empto*“ (ANTONIUS FABRUS, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, V. 4, 1615, Decad. C., Error VII, 952).

¹⁰⁰ SAMUEL STRYKII, *Viri Quondam Illustris Atque Excellentissimi Samuelis Strykii, Jurum Doctoris & JCTi incomparabilis ac... Nec non Ejus Filii Univiv, Johannis Samuelis Strykii...* Opera Omnia: Tam Tractatus, quam Disputationes Hactenus etiam nondum conjunctim editas, magna cura partim collectas continentia..., 1743, Disputatio Nona de Beneficio dationis in solutum. Ad Novel IV, cap. II. D. I, Nov. MDCLXVI, 184.

¹⁰¹ STRYKII (cit., 100), 184.

¹⁰² HARDER (cit., 44), 74.

según la cual el acreedor, en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* en lugar de una suma de dinero, podía elegir entre la *actio empti utilis* o la *pristina obligatio*. Según su opinión, sin embargo, los acreedores no sólo podían conservar las garantías personales y reales de la obligación original, sino reclamar con base en la antigua acción de esta obligación por los vicios jurídicos de la cosa evicta¹⁰³.

Así, sobre las bases de las posiciones expuestas, puede ser afirmado que, aunque la opinión preeminente de las fuentes medievales puede ser atribuida a la glosa, existieron en este período importantes opiniones divergentes, las cuales influenciarán también las modernas interpretaciones del fenómeno *pro soluto*.

2. La *datio in solutum necessaria*

DIRK señaló que los juristas se ocuparon hasta el siglo XIX con la pregunta, „inwieweit ein Gläubiger reale Erfüllung verlangen beziehungsweise der Schuldner sich durch Schadensersatzleistung von seiner Verbindlichkeit befreien konnte, obwohl bereits das römische Recht die Erfüllung als wichtigsten Fall des Erlöschens von Obligationen (solutio) kannte“¹⁰⁴. De hecho, el giro histórico hacia la consagración del deber de cumplimiento (*präziser Erfüllungszwang / duty of performance in natura*), se relaciona con el desarrollo del derecho natural del siglo XVII y con el proceso codificador de los siglos XVIII y XIX.

Como REPGEN¹⁰⁵ ha afirmado, en general las fuentes germánicas atestiguan la imposibilidad que tenía el acreedor de exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación debida.

Por otra parte, valió en el derecho romano el principio en virtud del cual la obligación se extingue en el evento „durch den der Schuldner die Leistung bewirkt, zu der er sich verpflichtet hat, und durch den der Gläubiger dasjenige bekommt, was er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bekommen soll“¹⁰⁶. A pesar de este hecho, las fuentes romanas son

¹⁰³ HARDER (cit., 44), S. 75.

¹⁰⁴ OLZEN DIRK, *Das Erlöschen der Schuldverhältnisse*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2005, 229 (231).

¹⁰⁵ REPGEN ha analizado las fuentes más importantes del derecho germánico y concluido, que no existe posibilidad alguna de probar en ellas la existencia del deber de cumplimiento *in natura* (*Erfüllungszwang*). En efecto, según REPGEN: „es fehlt jedoch beispielsweise im salischen Recht eine Möglichkeit, präzisen Erfüllungszwang durchzusetzen, schärfste Sanktion war vielmehr die Friedlosigkeit, die das Königsgericht bei Nichterfüllung verhängen konnte. Dieser Befund trifft überein mit dem Recht des Sachsenspiegels und anderer mittelalterlicher deutscher Rechtsbücher. Für Handlungs- und Unterlassungspflichten finden sich nirgends Regelungen zur Naturalvollstreckung. Die Klagen auf Schuld zielten zwar regelmäßig auf Geldschulden. Vollstreckt wurden sie jedoch meistens nicht durch Zugriff auf das Vermögen, sondern auf die Person des Schuldners, also indirekt durch Beugung des Schuldnerwillens – ein Verfahren, das der Naturalexécution zumindest verwandt ist. Angesichts der Lückenhaftigkeit der mittelalterlichen deutschrechtlichen Quellen ist daher aus dem Schweigen der Quellen nicht auf die Nichtexistenz der Naturalvollstreckung zu schließen, doch vorherrschend war in der Praxis bei Vertragsbruch die Geldkondemnation“ (TILMAN REPGEN, §§ 362-371. *Erfüllung*, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, V. 2, 2007, 2122 (2128)).

¹⁰⁶ HUBERT KADUK, *Erfüllung. Vorbemerkungen zu §§ 362 ff.*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12 Ed., V. 2, 1994, 388 (390).
Entre otros fragmentos: D. 42.1.4.7 *Solvise accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem*

contradictorias en relación con la prestación exacta -especialmente con respecto al *facere* y al *non facere*.¹⁰⁷

Estas fuentes muestran el desarrollo histórico de la exigibilidad de las obligaciones en el derecho romano. Entre ellas pueden encontrarse tanto fragmentos referidos al *ordo iudiciorum privatorum* como a la *cognitio extra ordinem*.¹⁰⁸

Estos procedimientos mostraron una evidente diferencia con relación al uso del principio de la condena pecuniaria (*Prinzip der Geldkondemnation*)¹⁰⁹; según el cual, la sentencia condenatoria debería estar dirigida siempre a la imposición de la obligación de pago de una cierta suma de dinero, la cual el juez debía determinar con base en la estimación pecuniaria del objeto *litis*. Así, de acuerdo con este principio podían tener lugar en el *ordo iudiciorum privatorum* sólo sentencias condenatorias pecuniarias. Este procedimiento fue sustituido en los siglos II y III por la *cognitio extra ordinem*, cuya flexibilidad permitió que el deudor fuera condenado a la prestación *in natura* según el contenido del contrato¹¹⁰.

Glosadores y comentaristas se vieron confrontados en el *Corpus Iuris Civilis* con estas irregulares decisiones sobre la satisfacción de la obligación¹¹¹. Como REPGEN ha corroborado, al final del proceso entre estas escuelas se encuentra "*ein differenziertes Regel-Ausnahme-Geflecht, dessen systematische Anfänge vor allem bei Azo und Accursius liegen*"¹¹².

Según ZIMMERMANN, "*by end of the Middle Ages, cases where the creditor could insist on specific performance were recognized within all three groups of obligations, but they stood side by side with other instances where the debtor could be forced only to pay the equivalent in money. Generally speaking, though, there was a continuing trend towards condemnation in specie: 'praecise tenetur' is what was said about the debtor in these cases. Most of the dare obligations fell into this category, and so, according to the majority view and because it so closely resembled a dare obligation, did the actio empti. Other tradere obligations (as far as they were discussed at all) were usually subjected to the regime of condemnation pecuniaria. With respect to facere obligations, Azo, Accursius and many other glossators, by giving the creditor the choice, in fact recognized the possibility of a condemnation in specie. The commentators were at first reluctant to accept this. 'Nemo potest praecise cogi ad factum' was the view they tended to adopt, but in the course of time more and more exceptions came to be identified*"¹¹³.

omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit. D. 50.16.176 'Solutionis' verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet 'solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.

¹⁰⁷ ZIMMERMANN (cit., 8), 773.

¹⁰⁸ Comp. entre otros: I. 4, 6, 32; I. 2, 7, 2; C. 4, 7, 17; D. 2, 14, 7, 7; D. 3, 3, 35, 3; D. 4, 8, 3; D. 6, 1, 68; D. 19, 1, 1 pr.; D. 42, 1, 13, 1.

¹⁰⁹ DIRK (cit., 104), S. 23-232.

¹¹⁰ REPGEN (cit., 105), 2127. DIRK (cit., 104), 231-232. ZIMMERMANN (cit., 8), 772-773.

¹¹¹ REPGEN (cit., 105), 2128.

¹¹² REPGEN (cit., 105), 2128-2129.

¹¹³ ZIMMERMANN (cit., 8), 774.

En este contexto, que fue caracterizado por la falta de unanimidad sobre el contenido de la pretensión de satisfacción, se desarrolló la *datio in solutum necessaria* por fuera del marco de las fuentes justinianas¹¹⁴. En algunos ordenamientos jurídicos medievales, este medio fue empleado como una forma de terminación del procedimiento judicial. En otros ordenamientos, este medio pudo ser empleado aún fuera de dicho procedimiento.

El empleo de este *beneficium* en el derecho germánico es atestiguado, sin embargo, por escasas fuentes¹¹⁵.

La *Lex Ribvaria* (hacia 613/623) xxxvi, 11¹¹⁶ y la *Lex Saxonum* (hacia 802/803) LXVI¹¹⁷ atestiguan el empleo de la *datio in solutum necessaria*¹¹⁸. Según estas fuentes el acreedor debía aceptar como satisfacción ciertas cosas (*pecus*) a un cierto precio prescrito en lugar del pago de una suma de dinero. De la misma forma se encuentran obligaciones de aceptación de una *datio in solutum* frecuentemente en la antigua tradición del derecho marítimo. Como ejemplo puede ser nombrado el caso al que se refieren los artículos 30 y 31 del *Recessus Hansæ* de 1447, según los cuales „den Befrachter beim Schiffbruch gestattet wird, statt des Frachtlohns die geborgene Ware zu übergeben“¹¹⁹.

¹¹⁴ ASTUTI (cit., 2), 733.

¹¹⁵ NANI y BESTA afirmaron que Liut. 43, XIV (hacia 723) se refiere a un caso de *datio in solutum*. Ciertamente, este fragmentó reguló que el donante, en caso de evicción de la cosa donada, debía dar al donatario, que pagó la *Launegild*, otra cosa *aliam talem rem, qualem donavit*. Contra la opinión de NANI y BESTA, Astuti sostuvo que este fragmento se refería a un caso de *datio in solutum necessaria*. Recientemente Saccoccio afirmó, que la ley longobarda evidentemente no tuvo en cuenta una prestación dada *in solutum*, sino más bien una forma indemnizatoria del daño causado por incumplimiento.
S.: SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 41. ASTUTI (cit., 2), 732. ENRICO BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, 1936, 174. CESARE NANI, *Storia del diritto private italiano*, 1902, 442-443.

¹¹⁶ Según la *LEX RIBVARIA* (hacia 613/623) „xxxvi. De diversis inperfectionibus § 11 Si quis wergeldum solvere coeperit, bovem cornutum videntem et sanum pro II solidis tribuat. Vaccam cornutam videntem et sanam pro uno solido tribuat. Equum videntem et sanum pro septim solidis tribuat. Equam videntem et sanam pro III solidis tribuat. Spatam cum scogilo pro septim solidis tribuat. Spatam absque scogilo pro III tribuat. Brunia bona pro XII solidis tribuat. Helmo conderecto pro sex solidis tribuat. Auceptorem non domito pro II solidis tribuat. Bagnebergas bonas pro sex solidis tribuat. Scuto cum lancia pro II solidis tribuat. Scuto cum lancia pro II solidis tribuat. Cumvorsum gruarium pro sex solidis tribuat. Auceptorem mutatum pro XII solidis tribuat“ (KARL KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, V. 1, 13 ed., 2008, 43. RUDOLPHUS SOHM (Ed.), *Lex Ribuarica et Lex Francorum Chamavorum ex monumentis germaniae historicis recusae*, 1883, 67-68).

¹¹⁷ Conforme a la *LEX SAXONUM* (hacia 802/803) „LXVI. Solidus est dupplex: unus habet duo tremisses, quod est bos anniculus XII mensium vel ovis cum agno. Alter solidus III tremisses, id est bos XVI mensium, maiori solido aliae compositiones, minori homicidia componuntur.
Quadrimum bos duo solidi. Duo boves, quibus arari potest, V solidi. Bos bonus III solidi. Vacca cum vitulo solidi duo et semis. Vitulus anniculus solidus I. Ovis cum agno et anniculus agnus ei supeadiunctus solidus I“ (CLAUDIUS FREIHERR, VON SCHWERIN (Ed.), *Leges Saxonum und Lex Thuringorum*, 1918, 33-34).

¹¹⁸ REPGEN (cit., 105), 2135.

¹¹⁹ REPGEN (cit., 105), S. 2135.
Según el *Recessus Hansæ*, 30 de 1447: „Frachtlohn für geborgene Güter. Weiterhin: Falls ein oder mehrere Schiffe auf See bleiben und das gefrachete Gut oder ein Teil davon geborgen werden kann, ist folgendes beschlossen worden: Der Kaufmann hat für das Gut, das ihm zugute kommt, auch den Frachtlohn zu zahlen, oder aber er kann wahlweise die geborgene Ware für das Frachtgeld liegen lassen“.
Conforme al *Recessus Hansæ*, 31 von 1447: „Frachtlohn bei Schiffbruch. Weiterhin: Erleidet ein Schi-

Después de la Guerra de los treinta años (1618-1648) fueron adoptadas, por el *Reichstag* celebrado en Ratisbona, algunas medidas en razón a la crisis económica a favor de los mutuarios. Según el § 172¹²⁰ del *Recessus Imperii Novissimus* de 1654, si

ffer mit seinem beladenen Schiff innerhalb der ersten Hälfte seiner Reise, dahin er befrachtet ist, Schiffbruch, so soll er für das geborgene Gut die Hälfte des Frachtlohnes erhalten. Geht sein Schiff aber in der zweiten Hälfte seiner Reise unter, so soll der Schiffer anteilig, je nach zurückgelegter Wegstrecke, bezahlt werden"

S.: CARSTEN JAHNKE/ANTJEKATHRIN GRASSMANN (Hrsg.), *Seerecht im Hanseraum des 15. Jahrhunderts*. Edition und Kommentar zum Flandrischen Copiar Nr. 9, 2003, 60-62. Goswin Frhr. von der Ropp (Bearb.), *Hanserecesse von 1431-1476*, 3. Bd., 1881, 183-184.

Por otra parte, ha afirmado O'SULLIVAN con relación al Hansische Schifferordnung de 1482 que "die Hansestädte in Ergänzung der in Artikel 4 geregelten Ladungs- und Löschungspflichten in dem Artikel 12 eine weitere sanktionsbewehrte Pflicht der Seeleute in Bezug auf die Ladung aussprachen, nämlich die zum Kühlen von Kornladungen". El artículo 11 de este Hansische Schifferordnung reguló la obligación según la cual, "bestand die Führung eines Seemanns auf einem Getreidetransport selbst aus Getreide. Es durften nämlich je sieben Schiffsmannen zwei Last Getreide mitführen". El artículo 12, 1 de este Hansische Schifferordnung impuso además expresamente a los marineros la obligación de refrigerar la carga so pena de perder su paga por el servicio. Como ha sostenido REPGEN, "nicht als Leistung an Erfüllung statt wird man hingegen den im älteren Seerecht verbreiteten Anspruch auf einen Teil des Laderaums für einen eigenen Frachtanteil ansehen (sog. Führung), vgl. z.B. Art. 11 und 12 Schifferordnung von 1482". En concordancia con la opinión de Repgen, O'SULLIVAN ha sostenido que, "schleiflich konnte der Führungsverlust den Charakter einer Bußleistung annehmen".

Ver, REPGEN (cit., 105), 2135. Cit., 71. CAROLIN O'SULLIVAN, *Die Abndung von Rechtsbrüchen der Seeleute im mittelalterlichen hamburgischen und hansischen Seerecht (1301-1482)*, 2005, 329-330, 332-334. GÖTZ LANDWEHR, *Das Seerecht der Hanse (1365-1614)*. Vom Schiffordnungsrecht zum Seehandelsrecht, 2003, 94-95.

¹²⁰ Según el § 172 des Jüngsten Reichsabschieds (*Recessus Imperii Novissimus*) del 17 de mayo de 1654:

„Darlehn und Zinsen

So viel nun die Capitalia anlangt, sollen erstlichen dieselbe einem jeden Creditori unversehrt, und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und hierwider keine Präscription oder Verjährung wegen der bey währendem Krieg unterlassener Forderung der Zinsen oder Capital angezogen noch gelten.

Jedoch fürs ander, von den Creditoribus die sonsten aufkündliche Capitalia vor drey Jahren a dato dieses Reichs-Abschieds [17 Mai 1654] nicht aufgekündet werden sollen.

Falls aber drittens ein Creditor nach Verfliessung erstgemeldter drey Jahren, solche Aufkündigung thäte, soll dem Debitori in den nächst darauf folgenden siebenden Jahren frey stehen und zugelassen seyn, die Capital-Summan particulariter und auf gewisse, nachdem die Summa groß oder klein ist, proportionirt billigmäßige zween, drey, vier, fünff, sechs, oder zum höchsten sieben Termin mit baarem Geld, oder auf den Fall er vierdteils bey diesen Geld-klemmen Zeiten keine baare Mittel hätte, noch erlangen könnte, durch Dargebung beweg- und unbeweglicher Güter, anstatt baarer Bezablung (jedoch daß dem Creditori die Wahl nach Besag gemeiner Rechten frey stehe,) auf deroselben vorhergehende zwischen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das Mittel gestellte billiche Schatzung, abzulegen, der Creditor aber solche anzunehmen schuldig seyn; wäre es aber, daß fünffstens der Debitor in solchem Stand begriffen, oder darein geriethe, daß er das Seinige nur muthwillig verzehrte, oder seinen Sachen also schlecht vorstünde, daß keine Hoffnung zur besserung und seinem Aufnehmen vorhanden, so soll er erstbesagtes Beneficii der Particular-Bezablung und des Anstands der Zeit, nicht zu geniessen haben, es wäre dann, daß er auf andere Weg, deme bey solche Bewandniß in solcher Gefahr stehendem Creditori genugsame Caution leisten würde.

Wann auch sechstens der Creditor vor sich und die Seinige keine Unterhalt- und Retungsmittel hätte, solle ebenmäßig demselben diese das Capital concernierende Verordnung, jedoch salvo iudicis arbitrio, nicht im Weg stehen.

Siebendens, wegen deren unter währendem Krieg abgepreßten Obligationen, solle es bey der Verordnung des Instrumenti Pacis gelassen werden" (CHRISTIAN HATTENHAUER, *Schuldenregulierung nach dem Westfälischen Frieden*. Der sog. §. *De indaganda* und seine Umsetzung im Jüngsten Reichsabschied (AD 1648 und 1654), 1998, 64, 86, 156-157).

los deudores transmitían a sus acreedores sus bienes muebles e inmuebles en lugar de la prestación pecuniaria original, debían ser considerados liberados. En este caso, el valor de cada bien debía corresponder al promedio calculado entre el valor anterior y posterior a la guerra.

La *datio in solutum necessaria* parece haber sido una figura comúnmente utilizada en los ordenamientos jurídicos medievales de los países europeos mediterráneos¹²¹.

En especial fue consagrada en la Ley XX del título XVI del libro III del Fuero Real español, que fue promulgado para el reino de Castilla y León en 1254. Según esta norma: "*Sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo à otro diere en paga bestia ò otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga è mas non gela pueda demandar*"¹²².

La primera parte de la Ley III del título XIV de la partida 5 de las Siete Partidas promulgadas en 1348 bajo el reinado de ALFONSO XI consagró el principio *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*. En efecto, esta norma previó que el "*pagamiento de las debdas debe seer fecho á aquellos que las han de rescibir, et débese facer de tales cosas quales fueron puestas et prometidas en el pleyto quando lo fecieron, et non de otras, si non quisiere aquel á quien facen la paga*"¹²³. Sin embargo, esta ley reguló también la *datio in solutum necessaria* de manera excepcional tanto para prestaciones de *dare* como de *facere*. Así, según esta norma "*si caeciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que promettería, bien puede darle entrega de otras a bien vista del judgador. Otrosí dezimos que si quel ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la menera que avia prometido, deve cumplir de otra guise el pleyto, segun su alvedrío del judgador del lugar*".

A su vez la part. 6, 9, 38¹²⁴, con base en el D. 30, 71, 3 y el D. 32, 30, 6 previó que el heredero gravado con un legado de bienes propiedad de un tercero, cumple si, con autorización del juez, da al legatario una suma equivalente al valor estimado de los bienes, en caso que la compra sea gravosa, o que el tercero se rehúse a vender.

La Nueva Recopilación de 1567 consagró también el principio *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*, sin embargo, no previó las excepciones nombradas¹²⁵.

¹²¹ Ver, SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 43-69.

¹²² AZUCENA PALACIOS ALCÁINE (Ed.), ALFONSO X EL SABIO. *Fuero Real*, 1991, 106. ALONSO DÍAZ MONTALVO (Ed.), *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey don Alonso IX: Glosado hecho por el egregio Doctor Alonso Diaz Montalvo*, V. 2, 1781, 315-316.

¹²³ O. VERF., *Las Siete Partidas del rey don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, V. 3, 1807, 460-461.

¹²⁴ Según la Part. 6, 9, 38: "*Conosciendo el beredero en juicio que debe dar la manda que fues fecha á alguno, si por aventura non la podiere luego entregar, el juez ante quien es fecha la demanda en esta razon, debel dar plazo guisado á que la dé, mas si el heredero dixiese que aquella cosa que bobiese mandada á otri el testador era agena et la toviese tan cara aquel cuya fuese que la non podiese comprar sinon por mucho mas de lo que valie ó sinon la quisiese vender, entonce decimos que abonda que el beredero entregue á aquel á quien es fecha la manda de la estimacion della quanto podiese valer comunalmente*" (O. VERF., *Las Siete Partidas*... (cit., 132), 460-461).

¹²⁵ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 48.

Por otra parte, previeron algunos *Statuti Comunali* de diversas ciudades italianas la *datio in solutum necessaria* como consecuencia natural del incumplimiento –así por ejemplo el *Statuto di Crema* de 1483; los *Statuti di Milano* de 1216, 1396, 1398, 1502 y también la Constitución de 1541; el *Statuto di Torino* del siglo XIII; el *Statuto di Verona* de 1327; el *Statuto di Bergamo* de 1353; el *Statuto di Camerino* de 1424; el *Statuto di Parma* de 1490; el *Statuto di Mondovì* publicado en 1570; el *Statuto della Valtellina* de 1593; el *Statuto di Genova* de 1589¹²⁶–. Por el contrario, otros *Statuti Comunali* consagraron esta figura como forma de terminación de la actividad judicial, en particular como resultado de una subasta –así los casos del *Statuto di Fignano* de 1337 y 1338; el *Statuto di Gradara* de 1363; el *Statuto di Visso* de 1363; el *Statuto di Assisi* von 1469¹²⁷–.

Finalmente, las constituciones del rey de Savoya, VITTORIO AMADEO II, que fueron promulgadas en 1723 y 1729 y que fueron derogadas por el Código de 1838, limitaron por una parte el empleo de la subasta en el caso del proceso ejecutivo de bienes muebles y por la otra, el empleo de la *datio in solutum necessaria* en el caso de la actividad judicial sobre bienes inmuebles¹²⁸.

El generalizado uso de la *datio in solutum necessaria* en los ordenamientos jurídicos medievales fue justificado por numerosos juristas, especialmente en los siglos XVII y XVIII¹²⁹. Ellos evidenciaron que este *beneficium* era una forma de satisfacción impuesta al acreedor, que constituyó una excepción del *ius commune* y que tenía como objetivo favorecer a los deudores. De hecho se pretendió regularmente evitar con el empleo de este medio que los deudores fueran procesados por imposibilidad de pago y sus bienes, a través de la ejecución, fueran vendidos por un precio irrisorio¹³⁰.

A pesar de estos fundamentos, la *datio in solutum necessaria* fue apreciada por el moderno derecho natural¹³¹ como un injustificable obstáculo a la libertad negocial,

¹²⁶ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 62-66. POLACCO (cit., 1), 72-76.

¹²⁷ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 66-69. POLACCO (cit., 1), 72-76.

¹²⁸ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 81. POLACCO (cit., 1), 77.

¹²⁹ Como SACCOCCIO ha sostenido: “*ma è soprattutto nel periodo a cavallo tra il XVII ed il XVIII secolo che si assiste ad una vera e propria esplosione di interesse per l’istituto ormai comunemente conosciuto come beneficium dationis in solutum, pur avvertendone una sua sostanziale straordinarietà. Infatti, nelle numerose Dissertationes inaugurales che in questo arco di tempo troviamo dedicate alla datio in solutum, assistiamo ad un fiorire di studi che, per quanto a volte nei titoli si limitano a richiamare soltanto la ‘datio in solutum’, poco spazio dedicano alle sue applicazioni c.d. voluntariae, per soffermarsi piuttosto sui casi di dazioni c.c. necessariae. Ed in quest’ottica essi, coerentemente con il diffondersi dell’usus modernus pandectarum, della c.d. datio in solutum necessaria cercano non tanto e non solo l’antecedente storico, che ormai, sulla scia dei Glossatori, non è visto soltanto nelle decisioni delle Novelle, ma anche in tutti quei casi contenuti nel Digesto che i giuristi medioevali avevano individuato, ma anche le possibili applicazioni in chiave attualizzante dell’istituto studiato*” (SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 70).

¹³⁰ ASTUTI (cit., 2), 733.

¹³¹ Así DOMAT abogó por la eliminación de este *beneficium* del ordenamiento francés. Según su opinión: “*les payements doivent être faits de ce qui est dû, & le débiteur ne peut contre le gré de son créancier lui payer autre chose que celle qu’il doit, quoique la valeur de ce qu’il voudroit donner fût égale, ou même plus grande. Ainsi celui qui doit de l’argent ne peut donner en payement des fonds ou dettes, si le créancier n’y veut consentir*”. (DOMAT (cit., 54), livre IV, titre I, section II, 280).

a la seguridad jurídica y a la igualdad de los acreedores¹³². El declive de este *beneficium* coincide con el giro general hacia el deber de cumplimiento (*präziser Erfüllungszwang / duty of performance in natura*), el cual se expresa a través de la consagración del principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* en los códigos modernos¹³³.

Con base en estas observaciones es posible concluir que el desarrollo de la *datio in solutum necessaria* –también llamada *beneficium dationis in solutum*– de acuerdo con las fuentes medievales, tuvo lugar dentro de un contexto caracterizado por la falta de definición exacta del contenido de la pretensión de satisfacción. Este *beneficium* fue una conquista de los juristas del medioevo. Aunque ellos fundaron frecuentemente su creación en las fuentes justinianeas, la *datio in solutum necessaria* presenta características propias que la diferencian de aquella figura descrita en las fuentes romanas (Nov. 4, 3; Nov. 120, 6, 2; Suet. Divus Iulius 42, 3). Este *beneficium* fue un instrumento dirigido a la indemnización de los acreedores, cuyo objeto no se limitó de manera exclusiva a los bienes inmuebles y que tuvo lugar aún fuera del procedimiento judicial. Además su empleo en numerosos ordenamientos tuvo carácter permanente y no fue restringido tan solo al caso del incumplimiento de las obligaciones dinerarias surgidas de contratos de mutuo.

III. LA RECEPCIÓN DE LA *DATIO IN SOLUTUM* EN LAS CODIFICACIONES EUROPEAS Y LATINOAMERICANAS

Dos técnicas han sido empleadas por los ordenamientos europeos occidentales y latinoamericanos en la regulación del fenómeno *pro soluto*¹³⁴.

El codificador francés omitió la regulación expresa de este fenómeno¹³⁵. A pesar de esta característica atipicidad, se encuentran en el *Code Napoléon* referencias normativas indirectas en relación con la *datio in solutum*. Se trata entre otros de los artículos originales 930, 1243, 1434, 1435, 1595, 2038, 2078 y 2088 de este código

¹³² SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 75-76, 84.

¹³³ REGEN (cit., 105), S. 2131.

¹³⁴ SACCOCCIO, *Datio in solutum*... (cit., 1), 4900. ALLARA (cit., 94), 29.

Como ha afirmado SACCOCCIO, el Código Civil de Costa Rica de 1888 constituye una excepción a estas técnicas legislativas descritas, por cuanto no ha regulado el fenómeno *aliud pro alio* ni de manera directa ni indirecta (ANTONIO SACCOCCIO, *Levizione della res in solutum data nel sistema giuridico latinoamericano*, ReA 24 (2007), 269).

¹³⁵ Esta omisión se debe a la influencia de la doctrina de la glosa, la cual no sólo fue defendida, sino profundizada por diversos juristas, que desempeñaron un importante papel en el humanismo y en el proceso codificador francés. Como ejemplo pueden ser nombrados autores como Cujas, Donellus, Domat y Pothier. La interpretación de estos autores se basó en la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa. Esta posición fue defendida también por la doctrina francesa predominante en el siglo XIX. Como ejemplo de esta corriente pueden ser nombrados autores como Troplong, Demante, Duranton, Acolas, Mourlon, Molitor y Beudant.

Ver, ALLARA (cit., 94), 34. ERNST (cit., 38), 3.

civil¹³⁶. Los ordenamientos europeos y latinoamericanos que fueron influenciados por el *Code Napoléon*¹³⁷, contienen también estas referencias normativas indirectas. Como ejemplos pueden ser nombrados: el párrafo segundo del artículo 1569 y el artículo 2382 del Código Civil Chileno de 1855¹³⁸, la disposición 1089 del proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851¹³⁹ y los artículos 1521, 1636 y 1849 del Código Civil Español de 1889¹⁴⁰.

¹³⁶ DENISE LÉOTY, *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?*, RTDR 63 (1975), 15.

¹³⁷ Haití adoptó el *Code Napoléon* desde 1825. El mismo código, pero su versión de 1816, rige para la República Dominicana desde 1845. El Estado Libre de Oaxaca (México) asumió este código entre 1827 y 1829.

Ver, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, 2006, 141-154.

¹³⁸ La configuración del inciso segundo del artículo 2569 del Código Civil Chileno de 1855 se basa en el párrafo 1243 del *Code Napoléon* y fue introducido por BELLO en el segundo proyecto de código civil entre 1841 y 1845. Según el inciso segundo del artículo 2569 de este código civil: "El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". El párrafo 1386 del Código Civil Chileno corresponde al artículo 2038 del *Code Napoléon*. Según el nombrado párrafo del ordenamiento del país austral: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto".

Los artículos del Código Civil Chileno nombrados corresponden respectivamente no sólo al inciso segundo de la norma 1612 y al precepto 2382 del Código Civil Ecuatoriano de 1860, sino al inciso segundo del artículo 1627 y al párrafo 2407 del Código Civil Colombiano de 1873. El Código Civil Chileno fue adoptado no sólo en El Salvador desde 1859, sino en Nicaragua desde 1867 hasta 1898 y en Honduras desde 1906.

En Venezuela rigió el Código Civil Chileno desde 1862 hasta 1867. El artículo 2 de la Ley II, del título V, del libro V de este ordenamiento, correspondió al párrafo 2569 del Código Civil Chileno. Esta norma fue mantenida por el artículo 999 del Código Civil Venezolano de 1867. A pesar de la influencia del Código Civil Italiano de 1865 sobre el ordenamiento civil venezolano de 1873, esta norma fue copiada en el artículo 1179 de este ordenamiento. De la misma forma, esta norma fue conservada en el párrafo 1189 del código civil de 1880, en el artículo 1209 del ordenamiento de 1896, en el párrafo 1215 del código de 1904 y en el artículo 1311 de la codificación de 1916 y 1922. Esta norma corresponde al artículo 1290 del Código Civil Venezolano vigente de 1942.

Ver, GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 193-251. O. VERF., *Código Civil de Venezuela. Antecedentes/Comisiones Codificadoras/Debates Parlamentarios/Jurisprudencia/Doctrina/Concordancias*. Artículos 1282 al 1297, 1994, 221-232. BARRIOS CARO/VALLS SAINTIS (cit., 1), S. 9 und 28. ANDRÉS BELLO, *Obras Completas*, 3. Bd., 1955, 487, 945.

¹³⁹ Según el artículo 1089 del proyecto de GARCÍA GOYENA (1851): "El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor".

GARCÍA GOYENA se basó, para la elaboración del proyecto, no sólo en fuentes jurídicas españolas (como por ejemplo las compilaciones de las Siete Partidas, el Fuero Real y la Novísima Recopilación), sino también y principalmente en el Código Civil Francés.

Entre 1867 y 1873 adoptó Venezuela como código civil el proyecto de García Goyena. Además este proyecto a influenciado numerosos ordenamientos como el código del Imperio Mexicano, que rigió entre 1870 y 1882, el código civil para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1870 y el Código Civil Español de 1889.

S.: FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1974, 585. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 253-264.

¹⁴⁰ El Código Civil Español estuvo vigente en Puerto Rico hasta 1930 y en Cuba hasta 1887.

S.: LLUÍS PUIG FERRIOL, *Manual de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría*

La consagración del principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* en estos códigos tuvo por objeto no sólo la afirmación del deber de cumplimiento de las obligaciones, sino también el reconocimiento de la *datio in solutum voluntaria*¹⁴¹. A pesar de este hecho, fueron reguladas excepciones a este principio en algunos códigos latinoamericanos, las cuales se basan en las fuentes españolas medievales consagradas a la *datio in solutum necessaria*¹⁴².

Así por ejemplo, con base en la part. 5, 14, 3, el artículo 838 del código boliviano de 1830¹⁴³ (también llamado "Código de Santa Cruz"¹⁴⁴) reguló que: "*Toda deuda debe pagarse del modo que se pactó; pero si el deudor no puede pagar según lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas, y de diferente modo, mediante la autoridad del juez*"¹⁴⁵. En razón a la influencia del *Code Napoléon*, este ordenamiento consagró también los principios *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* y *nemo ex alterius facto prægravari debet* en los artículos 834 y 1383, respectivamente¹⁴⁶.

En el mismo sentido, el artículo 2225 del Código Civil Peruano de 1852 consagró el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*¹⁴⁷, aunque el primer párrafo del artículo 1815 y la disposición 1841 de este ordenamiento limitan el *beneficium dationis in solutum* al deudor que ha celebrado un contrato de mutuo o comodato¹⁴⁸.

general del contrato, 1998, S. 246. JOSÉ BELTRÁN HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956, S. 358. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 295-299.

¹⁴¹ SACCOCCIO, *Datio in solutum...* (cit., 1), 4900.

¹⁴² SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria...* (cit., 1), 111.

¹⁴³ Este código civil fue adoptado por Costa Rica entre 1841 y 1886, por el Estado Sud-Peruano y por el Estado Nor-Peruano entre 1826 y 1839 (GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 161-168).

¹⁴⁴ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 160-161.

¹⁴⁵ CARLOS M., *Del Castillo* (Ed.), *Código Civil Boliviano*, 1923, 279.

¹⁴⁶ La redacción de los artículos 834 y 1383 del Código Civil Boliviano de 1830 se basa en los párrafos originales 1243 y 2038 del *Code Napoléon*.

Según el artículo 834 del Código Civil Boliviano de 1830: "*El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que la que se le debe, aunque la que se le ofrezca sea de igual o de mayor valor*".

Conforme al artículo 1383 de la codificación civil boliviana de 1830: "*La aceptación voluntaria, que el acreedor ha hecho de una cosa inmueble o de cualquier otro efecto, en pago de la deuda principal, exonera al fiador, aunque el acreedor llegue a ser despojado de la cosa*".

Ver, DEL CASTILLO (Ed.) (cit., 145), 278, 470.

¹⁴⁷ Según el artículo 2225 del código peruano de 1852: "*No puede obligarse al acreedor a recibir en pago cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó mayor que el de la otra. Se exceptúan los casos de imposibilidad, en que se observará lo dispuesto en los artículos 1815 y 1841*" (GERMÁN D. ZEVALLOS (Ed.), *Código Civil. Anotado y concordado*, 1928, 367).

¹⁴⁸ Según el inciso 1º. del artículo 1815 del código peruano de 1852: "*Si no puede el mutuario pagar la misma cantidad y calidad, satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago*". Conforme al artículo 1841 del ordenamiento peruano de 1852: "*Cuando sea imposible devolver la cosa prestada, pagará el comodatario, a elección del comodante, otra de la misma especie y calidad, o el valor que le corresponda, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse*".

El código peruano de 1852 fue influenciado por el ordenamiento francés, pero principalmente por las compilaciones españolas. Este código fue la base del ordenamiento guatemalteco de 1877, cuyo artículo 2269 consagra el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* y cuyos párrafos 1881 y 1905 regulan las excepciones al principio con relación al mutuo y al comodato. El principio nombrado fue regulado en el inciso 2º. del artículo 2310

A diferencia de los ordenamientos descritos, otros códigos europeos y latinoamericanos regularon el fenómeno *pro soluto* de manera expresa. Éstos pertenecen en su mayoría al sistema jurídico germánico (*deutscher Rechtskreis*)¹⁴⁹, o fueron influidos por ordenamientos pertenecientes a este sistema.

1. La recepción expresa de la *datio in solutum* en los códigos europeos

1.1 *Bayerisches Landrecht* (1756 – *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*)

El *Bayerisches Landrecht* de 1756 se ocupa de la *datio in solutum voluntaria* y de la *datio in solutum necessaria* en títulos separados.

Por una parte, se encuentra en el título IV del capítulo IV denominado "*Von besonderen Käufen*" de este *Codex* el §16, según el cual: "*Mit Dargebung eines Gutes statt*

del código de Guatemala de 1933. De la misma forma como los artículos 1917 y 1943 de este ordenamiento previeron las excepciones nombradas. Estos casos excepcionales fueron a su vez regulados por los parágrafos 1954 y 1968 del código de Guatemala de 1963. El artículo 1386 de esta codificación regula que el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* debe ser aplicado, salvo que una norma especial regule otra cosa.

Ver, SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 118. ZEVALLOS (cit., 147), 297, 301.

¹⁴⁹ KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 Ed., 130-176.

El Código Civil Suizo de las obligaciones (COS) de 1911, a pesar de pertenecer al sistema jurídico germánico, ha omitido la regulación expresa del fenómeno *pro soluto*. No obstante este ordenamiento se refiere a dicho fenómeno con respecto a la regulación tanto del pago con títulos valores (Artikel 116 Abs. 2 OR: C. *Neuerung I. Im Allgemeinen¹ Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nicht vermutet². Insbesondere bewirkt die Eingebung einer Wechselverbindlichkeit mit Rücksicht auf eine bestehende Schuld oder die Ausstellung eines neuen Schuld- oder Bürgschaftsscheines, wenn es nicht anders vereinbart wird, keine Neuerung der bisherigen Schuld*) como de la *cessio pro solvendo* (Artikel 172 OR: B. *Bei Abtretung zahlungshalber. Hat ein Gläubiger seine Forderung zum Zwecke der Zahlung abgetreten ohne Bestimmung des Betrages, zu dem sie angerechnet werden soll, so muss der Erwerber sich nur diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Schuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können*).

La falta de una solución positiva para el caso de los vicios (de hecho o de derecho) de la prestación realizada *pro soluto*, ha dado lugar a diversas posiciones por parte de la doctrina. Una parte de ésta, sostiene con base en el § 365 del BGB alemán, que la obligación original se extingue con ocasión de la *datio in solutum* de manera definitiva, y que por lo tanto, debería ser aplicado el régimen de responsabilidad del contrato de compraventa para el caso de la evicción de la cosa dada *pro soluto*. En contraposición, también existe la opinión según la cual, es posible el restablecimiento de la obligación original con base en el ordenamiento suizo. En efecto, en caso de un vicio de derecho de la cosa dada *pro soluto*, el acreedor se encuentra en un error esencial (artículo 24, numeral 4 COS), porque en lugar de la satisfacción de la obligación inicial, él ha aceptado la dación de una cosa ignorando, sin embargo, que era imposible adquirirla. Así, con base en esta última posición y en los §§ 23 y 31, 1 del COS es posible sostener, que si el acreedor comunica al deudor de la obligación original, su decisión de no conservar el contrato de prestación en lugar de cumplimiento en razón a la existencia de error dentro del año siguiente a la ejecución de la prestación *pro soluto*, se restablecerá la obligación original con todas sus seguridades.

Ver, SCHWARZ (cit., 64), 579-583. HARDER (cit., 44), 85-86. HIRATA (cit., 37), 137.

Baargeld (Datio in Solutum) wird es durchgehends wie mit Käufen gehalten¹⁵⁰. Aunque VON KREITTMAYR, autor de este código, remitió en los comentarios a este párrafo a la C. 8, 44, 4; de acuerdo con HARDER¹⁵¹, fue restaurada por esta norma la interpretación de la glosa. De hecho VON KREITTMAYR limitó en el *Codex* la identificación entre la *datio in solutum* y el contrato de compraventa al caso de la entrega de una cosa en lugar de una deuda pecuniaria, porque se debía interpretar la entrega de una cosa en lugar de otra cosa debida como una permuta.

Por otra parte, el *Bayerisches Landrecht* consagró en el § 6¹⁵² del capítulo XIV del título IV el principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. No obstante el § 7¹⁵³ siguiente previó excepciones a este principio. Las dos primeras de éstas están referidas a casos de *datio in solutum necessaria*, que se basan en la tradición medieval. Según el numeral primero de este párrafo, el deudor puede dar una cosa *in solutum* cuando la prestación de *dare in natura et specie* originalmente prevista sobrevenga imposible. Según el numeral segundo de esta norma, el deudor puede también realizar una prestación *pro soluto* cuando la prestación original, que no sea *in dando*, sobrevenga imposible.

1.2 Preußisches Allgemeines Landrecht (1794)

El *Preußisches Allgemeines Landrecht* de 1794 se ocupa exclusivamente de la *datio in solutum voluntaria*¹⁵⁴. Este *Codex* regula de manera detallada la "Angabe an Zahlungsstatt" en el

¹⁵⁰ MAX DANZER (Ed.), *Das Bayerische Landrecht aus dem Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung*, 1894, 240.

¹⁵¹ HARDER (cit., 44), 76.

¹⁵² Según el § 6 del capítulo XIV de la parte IV del *Bayerisches Landrecht* de 1756: „Regulariter muß 1. das Nämliche, was man schuldig ist, und zwar 2. ganz, auch 3. mit eigenen, nicht aber mit fremden Mitteln bezahlt werden. Daraus folgt ad 1. daß der Gläubiger weder eins für das andere, außer den in § seq. 7. bemerkten Fällen anzunehmen, noch ad 2. dem Schuldner einige Zahlungs-Fristen oder Nachlässe zuzugestehen verbunden sei, ausgenommen soviel in § seq. 8. und in Cod. Jud. Cap. 18. § 13. besonders deswegen versehen ist. Ad 3. wird durch die Zahlung, welche nicht aus eigenen Mitteln geschieht, weder die Schuld aufgehoben, noch das Eigentum des erlegten Geldes oder Gutes auf den Gläubiger gebracht, es sei denn bona Fide von ihm verzehrt, verjährt, oder mit anderem Geld und Gut bereits dergestalt vermischet, daß man solches nicht mehr zu unterscheiden weiß" (DANZER (cit., 150), 287).

¹⁵³ Conforme al § 7 del capítulo XIV de la parte IV del *Bayerische Landrecht* de 1756: „Obige Regel, daß man eins für das andere in Zahlungen anzunehmen nicht schuldig ist, leidet folgende Absätze: 1. Wenn die Sache, welche man zu prästiren hat, nicht mehr in Natura et Specie zu haben ist, z. E. in Vermächtnis fremder Sachen, welche von dem Eigentümer für billigen Preis nicht zu bekommen und bezuschaffen sind. 2. In Schuld-Verbindlichkeiten, welche nicht in dando, sondern faciendo bestehen. 3. In Obligationibus alternatis, worin nämlich laut obigen cap. 1 § 15 Num. 2 der Schuldner die Wahl hat. 4. In dem Fall, wo es nach Maßgabe des Cod. Jud. Cap 18 § 11 auf die Dationem in Solutum ankommt. 5. In Geld-Schulden, welche ohne sonderbares Geding nicht in nämlicher Specie, sondern nur in nämlicher Quantität und gangbarer guter Münze bezahlt werden müssen, jedoch dergestalt, daß man über fünf und zwanzig Gulden Schied-Münze in einer Zahlung anzunehmen nicht schuldig ist. Wo beinebens 6. Wegen der zwischen der Obligation und Zahlungs-Zeit sich ergebenden Münz-Veränderungen zu merken ist, daß man die Zahlung nach dem Cours, welchen das Geld tempore Solutionis hat, zu thun und anzunehmen habe es sei denn ein anderes ausdrücklich pactirt" (DANZER (cit., 150), 288).

¹⁵⁴ HIRATA (cit., 37), 124-125. SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 83.

capítulo IV del título XVI denominado „*Von den Arten, wie rechten und Verbindlichkeiten aufhören*“. Se trata de los §§ 235 a 250¹⁵⁵.

Además prohíbe el § 11 de este capítulo, no sólo que los deudores exijan una prestación *in solutum*, sino también que los acreedores obliguen un *aliud pro alio*¹⁵⁶. Esta norma sirvió de modelo para algunos párrafos futuros, en los cuales se consagró no sólo la prohibición del *aliud pro alio* contra la voluntad del acreedor, sino también contra aquella del deudor. Como ejemplos pueden ser nombrados: el § 1413 del Código Civil Austriaco de 1811 y el § 694 del código sajón de 1865.

Los nombrados §§ 235 a 250 del *Preußisches Allgemeines Landrecht* de 1794 representan el intento por armonizar las divergentes fuentes justinianeas. Según estas normas, si el acreedor acepta la entrega *in solutum* de una cosa según un precio determinado, entonces se extingue la obligación y la relación entre las partes es regulada por las normas de la compraventa (§ 242). Si la cosa dada *in solutum* es evicta dentro del año siguiente a la *datio*, puede exigir el acreedor al deudor el pago de la obligación original (§§ 243 a 244) y proceder contra los fiadores que garantizaron la deuda original (§§ 248 a 249). Si llegase a acaecer la evicción de la cosa dada *in solutum* después de transcurrido el primer año posterior a la *datio*, se aplican las normas relativas a la garantía por los vicios de la compraventa (§§ 245 a 247) y el acreedor no puede proceder contra los fiadores –principio *nomen ex alterius facto praegari debet* (D. 6, 2, 18)– (§250)¹⁵⁷.

HARDER¹⁵⁸ ha sostenido que los §§ 243, 244 y 250 confirmarían la identificación entre la *datio in solutum* y la *novatio* en el *Preußisches Allgemeines Landrecht*, sin embargo, esta opinión puede ser negada con base en el § 242.

1.3 El Código Civil Austriaco – ABGB (1811)

En el mismo sentido del nombrado § 11 del *Preußisches Allgemeines Landrecht* (1794) previó el § 1413¹⁵⁹ del ABGB austriaco, que ni el acreedor, ni el deudor, pueden ser obligados a aceptar o realizar algo distinto que el objeto de la obligación.

A pesar de la vaga redacción del § 1414 se puede deducir, que el Código Civil Austriaco de 1811 se ocupó exclusivamente de la *datio in solutum voluntaria*. De he-

¹⁵⁵ HANS HATTENHAUER (Einf.)/GÜNTHER BERNERT (Bibl.), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, 1996, 238.

¹⁵⁶ Según el § 11 de la sección IV del título XVI del *Allgemeines Landrecht* de 1794: „*Eine andere Sache oder Handlung, als zu welcher der Verpflichtete eigentlich verbunden war, kann von Seiten des Berechtigten weder gefordert, noch demselben aufgedrungen werden. Was Rechtsens, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung bey Verbindlichkeiten aus Willenserklärungen, bey Verbindlichkeiten unmittelbar aus dem Gesetze*“ (HATTENHAUER (Einf.)/BERNERT (Bibl.) (cit., 155), 185).

¹⁵⁷ HIRATA (cit., 37), 124.

¹⁵⁸ HARDER (cit., 44), 78.

¹⁵⁹ Según el §1413 del ABGB austriaco: „*Gegen seinen Willen kann weder der Gläubiger gezwungen werden, etwas anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas anderes zu leisten, als er zu leisten verbunden ist. Dieses gilt auch von der Zeit, dem Orte und der Art, die Verbindlichkeit zu erfüllen*“.

cho, según esta norma: "Hingabe an Zahlungs statt (HZst.). Wird, weil der Gläubiger und der Schuldner einverstanden sind, oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas Anderes an Zahlungs Statt gegeben, so ist die Handlung als ein entgeltliches Geschäft zu betrachten".

Como ha sostenido HIRATA, "kann das Wort 'unmöglich' hier nicht im technischen Sinn verstanden werden. Es handelt sich um eine Abkürzung aus den Arbeiten bei der Entstehung des Gesetzes, die den Fall regelt, dass der Gläubiger wegen der Unmöglichkeit, dasjenige zu erhalten, was er zu fordern hat, etwas anderes an Zahlungs Statt anzunehmen bemüht ist. Infolgedessen ist diese Unmöglichkeit der Leistung einfach ein Grund, den Gläubiger zu einer *datio in solutum* zu ermutigen, es handelt sich hier aber keineswegs um einen Zwang oder um die Rechtsfolge für die technische Unmöglichkeit einer Leistung"¹⁶⁰.

Por otra parte, se ha reconocido que la configuración de la *datio in solutum* en el ABGB austriaco toma como base la regulación del contrato de compraventa¹⁶¹.

1.4 El derecho común del siglo XIX

El desarrollo del concepto autónomo de acción en el derecho moderno a partir de los aportes de WINDSCHEID¹⁶² llevó la discusión sobre la pretensión de satisfacción de las obligaciones del campo del derecho civil al del derecho procesal. Por consiguiente, la disputa sobre el deber de cumplimiento -principio *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*- no desempeñó papel alguno en la historia inmediata de la creación del BGB. De hecho, ya en la transición hacia el siglo XIX, fue defendida la posición según la cual "die übliche Differenzierung nach der Natur des Versprechensinhalts (*dare, facere, tradere*) als unjuristisch verwarf und eine prozessuale Lösung des Konflikts befürwortete"¹⁶³.

¹⁶⁰ HIRATA (cit., 37), 128. SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 89-90.

Conforme a esta corriente, ha aclarado GESCHNITZER que para la celebración de la *Hingabe an Zahlungs statt* (HZSt.) regulada por el § 1414 del ABGB austriaco, se requiere no sólo el consentimiento del acreedor y el deudor, sino que el pago de la obligación original sea imposible. „Das erweckt einen falschen Anschein. Auch wenn der Schuldner nicht zahlen kann, kann er dem Gläubiger den Schuldner, der kein Geld hat, im Wege der Zwangsvollstreckung zur Zahlung verhalten, das beinhaltet auch die Möglichkeit des Gläubigers, den Schuldner zu zwingen, ihm eine Forderung an Zst. zu überlassen" (FRANZ GESCHNITZER, *Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2 Ed., 1991, 225-226).

¹⁶¹ HARDER (cit., 44), 80.

¹⁶² Como WELLER ha sostenido, la estructura de la pretensión (*Anspruchsstruktur*) en el BGB se debe principalmente a los aportes de Windscheid. A pesar de las críticas de Mütter, la teoría de Windscheid explicó la separación moderna -diversa al concepto de la *actio romana*- entre la relación jurídica material de prestación (*Leistungsrechtsverhältnis*) y la pretensión procesal a la prestación (prozessualer Anspruch / Streitgegenstand). Según WINDSCHEID: "Man darf nicht sagen, die römische *actio sei* unser Anspruch, in dem Begriffe *actio* wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat". MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung –Naturalerfüllungsgrundsatz– Leistungstreue*, 2009, 374-375. BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, V. 1, 1906, 190.

¹⁶³ REPGEN (cit., 105), 2131.

Ello explica por qué la pandectística tuvo en la *datio in solutum necessaria* poco o ningún interés.

Por el contrario, la estructura jurídica de la *datio in solutum voluntaria* fue discutida en la doctrina del derecho común del siglo XIX¹⁶⁴. Una parte de la doctrina apreció el fenómeno *pro soluto* como un mero negocio jurídico solutorio y equiparó la *datio in solutum* al cumplimiento. Otra parte de la doctrina adhirió a la posición de la glosa, según la cual la *datio in solutum* es un contrato bilateral oneroso¹⁶⁵. En relación con las fuentes romanas divergentes que se refirieron al caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, la corriente predominante del derecho común abogó por la existencia de un derecho de elección del acreedor entre la *pristina obligatio* y la *actio empti utilis*¹⁶⁶.

A esta corriente pertenecieron WINDSCHEID y KIPP¹⁶⁷. Según su opinión, la *datio in solutum* no es un cumplimiento *strictu sensu*, aunque ella tiene en virtud de la voluntad de las partes el mismo efecto que éste. De acuerdo con su interpretación, están a disposición del acreedor, en el caso de evicción de la cosa dada en pago, según las fuentes romanas, dos pretensiones posibles, una dirigida al restablecimiento de la obligación originaria y la otra a la garantía por vicios, pues, por una parte, el acreedor ha condicionado con su aceptación de la *datio in solutum* "*nicht die Hingabe als solche, sondern die Hingabe mit der Wirkung der Eigentumsverschaffung mit Erfüllungskraft*"¹⁶⁸; y por la otra, la garantía conforme al derecho de la compraventa a favor del acreedor fue creada a través de "*die Erklärung (des Schuldners), dass das Hingeebene in das Eigentum des Gläubigers übergeben solle*"¹⁶⁹.

Por el contrario, DERNBURG definió a la *datio in solutum* como un subrogado del cumplimiento, con base en el cual, sin embargo, sólo debe ser concedida la acción con base en la evicción de la cosa dada en pago¹⁷⁰. DERNBURG descartó que el *creditor* pudiese recurrir a la antigua obligación. Según su opinión es "*die Wiederherstellung von Schuldverhältnissen, welche die Beteiligten ohne Vorbehalt aufhoben, weder aus ihrem Willen zu begründen, noch zweckmäßig. Die bedingt auch das Recht, Bürgen und Pfänder wieder in Anspruch zu nehmen, was den Verkehrsbedürfnissen nicht entspricht*"¹⁷¹.

Pertenece a la misma corriente la opinión de RÖMER¹⁷², quien sostuvo que la *datio in solutum* es un negocio jurídico liberatorio, el cual, sin embargo, produce también efectos obligatorios. Según su posición, la *datio in solutum* configura un contrato

¹⁶⁴ HARDER (cit., 44), 80.

¹⁶⁵ HIRATA (cit., 37), 128. HARDER (cit., 44), 80.

¹⁶⁶ HIRATA (cit., 37), 128. HARDER (cit., 44), 81.

¹⁶⁷ BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS, V. 2, 1906, 420.

¹⁶⁸ WINDSCHEID/KIPP (cit., 167), 420.

¹⁶⁹ WINDSCHEID/KIPP (cit., 167), 420.

¹⁷⁰ HEINRICH DERNBURG, *System der römischen Rechts*, 1912, 672. DERNBURG, PANDEKTEN (cit., 58), 164.

¹⁷¹ DERNBURG, *System...* (cit., 170), 672. DERNBURG, PANDEKTEN (cit., 58), 164.

¹⁷² VON RÖMER (cit., 1), 54-59.

real que tiene no obstante una estructura semejante a la compraventa. Partiendo de estas premisas, RÖMER sostuvo que el negocio jurídico descrito está dirigido a la extinción de la obligación original a través de la transmisión *in solutum* de la cosa. Por consiguiente, la obligación original no se extingue en caso de incumplimiento de la *traditio pro soluto*. Por el contrario, surge en este caso un efecto obligatorio, el cual tiene su origen en la garantía de evicción del deudor.

1.5 El proyecto de un código civil para el Reino de Baviera (1861-1864) y el código para el Reino de Sajonia (1863 - 1865)

De acuerdo con la corriente dominante en el proceso codificadorio del siglo XIX, el proyecto de un código civil para el Reino de Baviera equiparó la *datio in solutum* –la cual *Zahlungsstatt* fue llamada– al contrato de compraventa. Así, el § 84 de este proyecto reguló: „*Hat der Gläubiger freiwillig statt der Erfüllung eine Sache an Zahlungsstatt genommen, so ist der Schuldner zur Gewährleistung ebenso verpflichtet, als hätte er die Sache um den Betrag der Schuld an den Gläubiger verkauft*“¹⁷³.

De la misma forma el codificador bávaro de 1861 consagró en el § 888¹⁷⁴ el principio *nemo ex alterius facto praegavari debet* (D. 6, 2, 18), con el cual se pretendió la protección de los fiadores de la obligación original, si una vez dada la cosa *in solutum* acaeciese su evicción. La consagración de este principio fue en todo caso contradictoria, pues este último párrafo sería aplicable sólo en el caso en el cual el deudor debiera realizar la prestación originalmente debida y el acreedor pudiera volver a exigir la obligación originaria. Este caso fue excluido, sin embargo, por el § 84.

Por su parte, el código civil para el Reino de Sajonia, consagró el principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest* de acuerdo con el modelo introducido por el Preußisches Allgemeines Landrecht, así según su § 694: „*Weder der Berechtigte kann ohne Einwilligung des Verpflichteten etwas Anderes fordern, als was Gegenstand der Forderung ist, noch der Verpflichtete sich ohne Einwilligung des Berechtigten durch Leistung eines anderen Gegenstandes seiner Verbindlichkeiten entledigen*“¹⁷⁵.

De otro lado igual que su antecedente bávaro, este código civil también equiparó la *datio in solutum* a la *emptio venditio* introduciendo una norma específica sobre la figura dentro de las *Allgemeinen Vorschriften über den Kauf* (§§ 1082 a 1100). Así según su § 1100: „*Wird zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner eine Vereinigung dahin geto-*

¹⁷³ CHRISTIAN REIFER (Ed.), *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern*, 1861, 49.

¹⁷⁴ Según el § 888 del proyecto de un código civil para el Reino de Baviera: „*Ist die Hauptschuld durch Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt getilgt und wird diese Sache dem Gläubiger später entwährt, so lebt die Bürgschaft nicht wiederauf*“ (REIFER (cit., 173), 183).

¹⁷⁵ FRANKE VON BERNHARD (Ed.), *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, 4. Bd., 1973, 84.

ffen, daß der Erstere durch einen von dem Letzteren zu überlassenden Gegenstand für seine Forderung abgefunden sein soll, so finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung"¹⁷⁶.

1.6 El proyecto de Dresden (1864 y 1866)

Como HIRATA¹⁷⁷ ha mostrado, el artículo 331 (nuevo) [328] del Proyecto de DRESDEN de 1864 reguló la *datio in solutum* con una estructura similar a la del contrato de compraventa. Por ésto, según este artículo, no le era permitido al acreedor recurrir a la obligación originalmente debida, sino tan sólo actuar en relación con los derechos que surgen del nuevo negocio jurídico *pro soluto*¹⁷⁸.

RÖMER aceptó que una ventaja de este párrafo fue el empleo de la palabra *Leistung* (prestación) para identificar el fenómeno *aliud pro alio*, porque ella permitía abarcar „*sämmtliche Fälle der Leistung an Zahlungsstatt*"¹⁷⁹. A pesar de esta valoración, este autor criticó la configuración de la *datio in solutum* en el proyecto. Según su opinión, la prestación en lugar de pago (*Leistung an Zahlungsstatt*) debió haber sido regulada por la comisión de DRESDEN como un negocio jurídico singular e independiente y no como un negocio jurídico asimilable según la ley a otros, como la compraventa¹⁸⁰. Además sostuvo RÖMER, que el efecto liberatorio de la *datio in solutum* sólo tiene lugar si el acreedor puede conservar la nueva prestación de manera definitiva en su patrimonio y no en razón a la aceptación de la prestación *pro soluto* como establecía el proyecto¹⁸¹.

La comisión del proyecto de DRESDEN formuló en 1866 un nuevo texto en relación con *Leistung an Zahlungsstatt*. El artículo 345 en su segunda versión previó: „*Giebt der Schuldner statt der geschuldeten Leistung eine andere an Zahlungsstatt und nimmt der Gläubiger diese Leistung an, so erlischt das Schuldverhältniß, wenn der Gegenstand der Leistung an Zahlungsstatt in einer Sache oder in einem Rechte an einer Sache oder in einer Forderung besteht, zu der Zeit, wo die Sache oder das Recht an einer Sache oder die Forderung als eigen auf den Gläubiger übergeht und, wenn der Gegenstand der Leistung an Zahlungsstatt in einer Handlung besteht, zu der Zeit, wo die Handlung vollständig geleistet ist. Besteht die Leistung an Zahlungsstatt in einer Sache oder in einem Rechte an einer Sache oder in einer Forderung, so hat der Schuldner dem Gläubiger für*

¹⁷⁶ VON BERNHARD (Hrsg.), *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen...*, 4. Bd. (cit., 175), 134.

¹⁷⁷ HIRATA (cit., 37), 131.

¹⁷⁸ Este artículo fue discutido en la reunión del 14 de noviembre de 1863 e introducido en la redacción original con el número 332b del primer protocolo. Según este artículo: „*Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, eine andere, als die geschuldete Leistung anzunehmen. Hat er freiwillig statt der geschuldeten Leistung eine andere an Zahlungsstatt von dem Schuldner angenommen, so ist hiermit das bisherige Schuldverhältnis erloschen und der Gläubiger hat nur die Rechte aus dem über die Hingabe an Zahlungsstatt geschlossenen Rechtsgeschäfte*".

Ver, WERNER SCHUBERT (Ed.), *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, V. 2, 1984, 1265-1281; 65 Anl.

¹⁷⁹ VON RÖMER (cit., 1), 189.

¹⁸⁰ VON RÖMER (cit., 1), 189.

¹⁸¹ VON RÖMER (cit., 1), 190-193.

den an Zahlungsstatt gegebenen Gegenstand nach Maßgabe der für entgeltliche Veräußerungsverträge geltenden Vorschrift Gewähr zu leisten¹⁸².

Este § 345 de 1866 consagró también la palabra *Leistung* para la identificación de la nombrada figura, con la intención de abarcar todos los posibles casos (*tradere, facere, non facere, nomen*) en los que puede tener lugar el fenómeno *pro soluto*. Aunque su estructura es más explícita que el texto del § 358 de 1864, la crítica de Römer no fue incluida¹⁸³.

1.7 El BGB (1900)

El parágrafo 2 (295) del *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1884 a 1887)¹⁸⁴ utilizó la expresión *Leistung an Erfüllungs statt* para la identificación del fenómeno *pro soluto*. El uso de esta expresión evidencia el carácter sistemático y abstracto característico de la codificación germana. Por una parte, con la palabra *Leistung* (prestación) se pretendía abarcar, como en el caso del artículo 345 del Proyecto de DRESDEN de 1864, todo posible supuesto en el cual puede ocurrir el *aliud pro alio*. Por la otra, el empleo de la composición *Erfüllungsstatt* como parte de la denominación en reemplazo de la palabra *Zahlung* (pago), evidencia no solo que los codificadores pretendieron asignar a esta última un significado técnico, reducido a la *datio* de dinero, sino que también pretendieron limitar el significado de la palabra *Erfüllung* (cumplimiento) a la ejecución exacta de la prestación debida¹⁸⁵. A pesar del uso de esta denominación *Leistung an Erfüllungs statt* en el inciso primero de la redacción final del § 364, el nombre asignado a la figura fue el de *Annahme an Erfüllungs statt*, que resalta el presupuesto del consentimiento del acreedor para la configuración de la figura.

La actual configuración de la prestación en lugar de cumplimiento (*Leistung an Erfüllungs statt*) en la codificación alemana se debe no sólo a la búsqueda por la

¹⁸² FRANKE VON BERNHARD (Ed.), *Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, V. 2, 1973, 70.

¹⁸³ Como sostiene HIRATA, „bei der Dredener Kommission (§ 295) wurde auch vorgeschlagen, dass es eine besondere Bestimmung für den Fall geben sollte, dass der Schuldner trotz der vereinbarten Leistung an Erfüllungs statt mit dem ursprünglich Geschuldeten leistet. Dieser Tatbestand ist möglich, weil der ursprünglich geschuldete Gegenstand in obligatione bleibe, so dass der Schuldner eine der beiden Forderungen leisten müsse, aber auch jede der beiden leisten könne. Diese Bestimmung wurde in den Entwurf aber nicht übernommen“ (HIRATA (cit., 37), 133).

¹⁸⁴ Según el § 2 (295) del Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: „Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger statt der geschuldeten Leistung eine andere an Erfüllungsstatt annimmt. Wird eine Sache oder ein Recht an einer Sache oder eine Forderung an Erfüllungsstatt angenommen, so haftet der Schuldner dem Gläubiger wie im Falle einer entgeltlichen Veräußerung nach Maßgabe der wegen Gewährleistung des veräußerten Rechts und wegen Haftung für eine abgetretene Forderung geltenden Vorschriften“ (FRANZ PHILIPP KÜBEL/ SCHUBERT VON WERNER (Ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3. Bd., 1980, 1003).

¹⁸⁵ REPGEN (cit., 105), 2141.

armonización de las diferentes posiciones que fueron defendidas a lo largo del siglo XIX, sino también a la consideración de fines prácticos. La *datio in solutum* fue considerada entonces en general, bien como un mero negocio jurídico solutorio, o bien como un contrato bilateral oneroso¹⁸⁶.

En el sentido de la definición de DERNBURG¹⁸⁷, el fenómeno *pro soluto* en el BGB fue codificado como un subrogado del cumplimiento y regulado por los §§ 364 y 365¹⁸⁸ del título I –Cumplimiento (*Erfüllung*)– de la sección IV –Extinción de las relaciones obligatorias (*Erlöschen des Schuldverhältnisses*)– del libro II de este ordenamiento.

El inciso 1º del § 364 del BGB afirma que una prestación en lugar de cumplimiento, tiene lugar si el acreedor acepta una prestación diversa a la debida (*aliud*). A partir de este texto la doctrina ha sostenido, que en tanto la norma no define el sujeto que debe prestar el *aliud*, no sólo el deudor, sino cualquier tercero puede llevarlo a cabo¹⁸⁹.

De otro lado, es reconocido que la configuración de la prestación en lugar de cumplimiento en el Código Civil Alemán se basa en el principio de la autonomía privada¹⁹⁰. Esto trae como consecuencia, por una parte, que el *aliud pro alio* es siempre permitido salvo que la ley expresamente lo prohíba¹⁹¹; y por la otra, que a esta

¹⁸⁶ Ver supra III, 1.4

Como REPGEN ha mostrado, la teoría de la novación también fue discutida por la comisión del primer proyecto. En consideración a las necesidades del tráfico económico y de los usos comerciales, fue exigida una regulación detallada de la novación en el BGB. Esta regulación pudo ser en ocasiones, contradictoria con las exigencias regulativas del fenómeno *pro soluto*. "Dabei sollte insbesondere festgelegt werden, dass die Sicherungsrechte für die alte Forderung auf die neue Forderung übergeben. Alles andere stehe im Widerspruch zur kaufmännischen Praxis" (REPGEN (cit., 105), 2146).

¹⁸⁷ Ver supra III, 1.4. DERNBURG, PANDEKTEN (cit., 58), 163.

¹⁸⁸ Según el § 364 BGB:

Aceptación en lugar de cumplimiento

(1) La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida.

(2) Si con la finalidad de la satisfacción del acreedor el deudor asume frente a él una nueva obligación, en caso de duda no debe entenderse que asume la obligación en lugar de cumplimiento.

Conforme al § 365 BGB:

Saneamiento en la entrega en lugar del cumplimiento

Si se entrega una cosa, un crédito frente a un tercero, u otro derecho en lugar del cumplimiento, el deudor debe prestar saneamiento por causa de un vicio jurídico, o un vicio material del mismo modo que un vendedor (Dr. Albert Lamarce Marquès (trad.), Código Civil Alemán y ley de introducción al código civil, 2008, 112-113).

¹⁸⁹ HARDER (cit., 44), 20.

¹⁹⁰ REPGEN (cit., 105), 2125. JOACHIM GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2. Aufl., 1994, 190-192. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, V. 1, 14 Ed., 1987, 247-251. HARDER (cit., 44), 17.

¹⁹¹ REPGEN (cit., 105), 2125.

Así por el ejemplo:

Según el § 1149 del BGB:

Convenios de satisfacción ilícitos

figura le sean aplicables las disposiciones generales concernientes a los negocios jurídicos (*Willenserklärungen*)¹⁹². De acuerdo con el inciso primero del § 364, la prestación en lugar de cumplimiento presupone que entre los sujetos celebrantes existe una relación obligatoria. De manera tal que si ésta falta y, es ejecutado el *aliud*, tendrá lugar la aplicación de las normas que regulan el enriquecimiento sin causa (§§ 812 a 822)¹⁹³.

Según el inciso segundo del § 364 del BGB, no hay prestación en lugar de cumplimiento si el acreedor no es satisfecho con la mera asunción de una nueva obligación por parte del deudor (*Leistung an Erfüllungs statt*), sino con el cumplimiento de ésta (*Leistung erfüllungshalber*)¹⁹⁴. Este inciso impone una carga interpretativa *prima facie*, en virtud de la cual en caso de duda sobre la finalidad del acuerdo, se presume que las partes celebraron una prestación en lugar de cumplimiento.

Como REPGEN¹⁹⁵ ha mostrado, la doctrina dominante en el derecho común fue aquella según la cual, el acreedor tenía en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* la elección entre la invocación de la antigua obligación y las pretensiones del comprador. A pesar de este hecho, para los codificadores sólo una regla podía responder a las exigencias del tráfico, de la seguridad jurídica y de la probable voluntad de las partes, sólo aquella que no permitiera bajo circunstancia alguna el recurso a la obligación original¹⁹⁶. Por esto, según el § 365 del BGB en caso de vicio (de hecho o de derecho) de aquello que ha sido realizado *pro soluto* encuentran aplicación las disposiciones que regulan en contrato de compraventa—§§ 280; 281; 283; 284; 311; 323; 326 Abs. 5; 345; 434; 437; 438; 439; 440; 441 BGB—¹⁹⁷, aunque la prestación en lugar de cumplimiento haya sido considerada como un subrogado del cumplimiento (*Erfüllungssurrogat*).

Mientras el crédito a su favor no está vencido, el propietario no puede, con la finalidad de satisfacción, conceder al acreedor el derecho a reclamar la transmisión de la propiedad sobre la finca o efectuar la enajenación de la finca de otro modo que no sea en el curso de la ejecución forzosa.

Conforme al § 1229 del BGB:

Prohibición de pacto comisorio

Es nulo un pacto realizado antes de la existencia del derecho a vender, según el cual la propiedad sobre la cosa corresponde o debe ser transmitida al acreedor *prignoraticio* en caso de no ser satisfecho, o no ser satisfecho tempestivamente (Lamarce Marquès (trad.) (cit., 188), 296, 310).

¹⁹² HARDER (cit., 44), 19.

¹⁹³ Según HARDER: „*Fehlt ein zugrundeliegendes Schuldverhältnis, so kann das geleistete aliud als ungerechtfertigte Bereicherung im Wege der Rückübereignung oder Rückabtretung herausverlangt werden*“ (HARDER (cit., 44), 18).

¹⁹⁴ KADUK (cit., 106), 434. HELMUT HEINRICHS, *Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V. 2, 3 Ed., 1994, 1433 (1452). LARENZ (cit., 190), 250. HARDER (cit., 44), 22.

¹⁹⁵ REPGEN (cit., 105), 2144.

¹⁹⁶ REPGEN (cit., 105), 2145.

¹⁹⁷ REPGEN (cit., 105), 2146. KADUK (cit., 106), 438-445. HEINRICHS (cit., 194), 1454-1456. LARENZ (cit., 190), 249.

En la sucinta regulación de la prestación en lugar de cumplimiento, el codificador alemán omitió la definición de su naturaleza jurídica¹⁹⁸. Debido a este hecho, han surgido al respecto diversas opiniones divergentes.

Con base en la teoría de RÖMER, una parte de la doctrina alemana después del BGB ha entendido la *datio in solutum* como un contrato real solutorio¹⁹⁹. Son de esta opinión, entre otros, SCHOLLMEYER²⁰⁰, BERNDORF²⁰¹, CROME²⁰², KUHLENBECK²⁰³, SIBER²⁰⁴, ESSER²⁰⁵ y HEINRICHS²⁰⁶. En contra de esta posición, ENNECCERUS y LEHMANN²⁰⁷ consideraron la prestación en lugar de cumplimiento como un contrato

¹⁹⁸ HARDER (cit., 44), S. 17.

¹⁹⁹ Así también diversos autores italianos bajo el régimen, no obstante, del código civil de 1865 (ver por ejemplo: CARMELO SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni: lezioni tenute nella R. Università di Catania nell'anno accademico, 1926-27, 1927, 778*). De la misma forma, otros juristas han sostenido esta teoría para la interpretación de la *prestazione in luogo dell'adempimento* regulada en el código de 1942 (entre ellos STEFANO RODOTÀ, *Dazione in pagamento* (dir. ciV.), in: *Enciclopedia del diritto*, V. 11, 1981, 734 (737). LODOVICO BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, V. 3, 1946, 914-915. DOMENICO BARBERO, *Sistema de derecho privado*, V. 3, 1967, 45. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, V. 4, 1991, 433. FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 7 Ed., 1998, 552. LUIGI MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, 1975, 193. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V. 2, 1947, 342). Esta corriente ha sido también defendida en la dogmática española y latinoamericana (en el derecho español entre otros por MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil español*, V. 2, 3 Ed., 1984, 76. RICARDO SERRAMALERA RUIZ, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, V. 1, 1981, 220. ANTONIO MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, *La dación en pago del artículo 99 del código civil*, *DyO Separata 6* (1998), 443), con algunas variaciones terminológicas, que se deben a la adaptación de esta teoría al sistema románico "del contrato" [ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *El vocabulario de la negociabilidad jurídica. Las codificaciones americanas*, in: *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, V. 1, 1998, 7 (9-10)], con lo cual fue aceptado tanto el carácter convencional como aquel real de la figura (en el derecho colombiano, ver por ejemplo DELIO GÓMEZ LEYVA, *De la dación en pago, la compraventa y la lesión enorme*, *RFDGP UPB 82* (1994) 208. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 6 Ed., 1998, 389; en el derecho chileno LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho chileno y comparado*, V. 12, 1978, 366. BARRIOS CARO/VALLS SAINTIS (cit., 1), 46; en el argentino JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Manual de derecho civil: obligaciones*, 11 Ed., 1997, 431. JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil obligaciones*, V. 3, 4 Ed., 1977, 14.; en el uruguayo JORGE PEIRANO FACIO, *Curso de obligaciones*, V. 6, 1964, 126).

Esta corriente parece no sólo haber influenciado el inciso 1.º del párrafo 1197 (según esta norma: "...In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita"), sino también el inciso 2.º del párrafo 1800 del Código de Qubec de 1981 (conforme al artículo 1800 de este código: "toutefois, la dation en paiement n'est parfaite que par la délivrance du bien", que mantuvo el sentido del inciso segundo del párrafo 1592 del código civil del Bajo Canadá de 1865 [Paul-A. Crépeau, C.C., c.r. Les Codes Civils, 1993, 242]).

²⁰⁰ FRIEDRICH SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, V. 1, 1900, 281.

²⁰¹ WILHELM BERNDORF, *Die Annahme an Erfüllungsstatt*, 1904, 35.

²⁰² CARL CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, V. 2, Tübingen, 1902, 262-269.

²⁰³ THEODOR LOEWENFELD/LUDWIG KUHLENBECK/THEODOR ENGELMANN/ERWIN RIEZLER/KARL KOBER/FELIX HERZFELDER (Hrsg.), *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, V. 2, P. 1, 7./8 Ed., 1912, 377-378.

²⁰⁴ HEINRICH SIBER, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V. 2, P. 1, 4 Ed., 1914, 481.

²⁰⁵ JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, V. 1, 8 Ed., 1995, 293-294.

²⁰⁶ HEINRICHS (cit., 194), 1450.

²⁰⁷ LUDWIG ENNECCERUS/HEINRICH LEHMANN, *RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE*, 15 Ed., 1958, 263.

de enajenación oneroso, porque el objeto del contrato debe ser dado en contra-prestación a la obligación original.

Por otra parte, la posición según la cual la prestación en lugar de cumplimiento se configura como un contrato modificativo, regulado de manera explícita por el § 305 original del BGB (después de la reforma al BGB de 2002 estos negocios jurídicos son regulados en el inciso 1° del § 311), ha tenido una difundida recepción en la doctrina²⁰⁸. Con base en esta opinión, la prestación *in solutum* es vista como el cumplimiento de una obligación modificada²⁰⁹, o como una indemnización por incumplimiento²¹⁰.

Conforme a esta corriente, GERNHUBER sostuvo que la prestación en lugar de cumplimiento era una clase especial de contrato modificativo. Según su opinión, esta figura combina *"einen Änderungsvertrag und eine Leistung zu einem Rechtsgeschäft mit zwei Tatbestandselementen. Ist (oder wird) das Leistungsgeschäft unwirksam, so fehlt der Leistung an Erfüllung statt das zweite (vollziehende) Tatbestandselement, der alte Schuldgegenstand bleibt geschuldet. Das Schuldverhältnis bleibt auch dann unverändert, wenn dem Gläubiger eine tatsächlich nicht existierende Forderung an Erfüllung statt »abgetreten« wurde"*²¹¹. GERNHUBER afirmó que el § 365 no es aplicable a todos los casos de prestación en lugar de cumplimiento. La aplicación de este párrafo debía ser, según él, teleológicamente reducida a aquellos vínculos obligatorios cuyo régimen de garantías pudiera ser definido por las normas de la venta, *"während die anderen dem Gewährleistungsrecht ihres Schuldvertragstyps unterworfen bleiben. Der Schenker haftet auch nach einer Leistung an Erfüllung statt ausschließlich nach den Regeln der §§ 523, 524; wer einer Spiel- oder Wettschuld entsprach, hat keinerlei Gewähr zu leisten"*²¹².

Según HARDER²¹³, la prestación en lugar de cumplimiento es un mero negocio jurídico solutorio, que está dirigido a la satisfacción del acreedor de la obligación original y cuya causa (*causa in solutum dandi*) está inseparablemente unida por ésto a la causa material del negocio jurídico a satisfacer (*causa emptio in solutum dandæ*). Según su opinión, la prestación en lugar de cumplimiento *"kein Grundgeschäft ist, durch dessen Abschluß selbständig Rechte und Pflichten begründet werden, sondern ein rein solutorischer, liberatorischer Vorgang, der nur auf der Grundlage eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses beruhen kann"*²¹⁴.

²⁰⁸ REGEN (cit., 105), 2146. LARENZ (cit., 190), 247-251. ARWED BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 1964, 283. FRANZ LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, 1929, 595.

²⁰⁹ ALESSIO ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, 1987, 7-9.

²¹⁰ LARENZ (cit., 190), 247.

²¹¹ GERNHUBER (cit., 190), 190-191.

²¹² GERNHUBER (cit., 190), 196.

²¹³ HARDER (cit., 44), 171.

Dubischar ha retomado la posición de Harder. Ver, ROLAND DUBISCHAR, *Erlöschen der Schuldverhältnisse*, in: *Reihe Alternativkommentare. Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden*, V. 2, 1980, 478.

²¹⁴ HARDER (cit., 44), 172.

En el mismo sentido, KADUK²¹⁵ expuso que la prestación en lugar de cumplimiento, puede ser considerada como un contrato solutorio (*Erfüllungsvertrag*), que tiene por contenido un deber de prestación que debe valer como cumplimiento.

1.8 El proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos (1927 y 1937)

El proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927 reguló de manera expresa el fenómeno *aliud pro alio*, conforme al modelo elaborado en el proceso de codificación alemán del siglo XIX. De hecho, a la configuración de la *datio in solutum* en este proyecto subyace una estructura similar a la regulación del contrato de compraventa. El artículo 177²¹⁶ de este proyecto unificador consagró no sólo el principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest*, sino también la obligación de garantía del deudor por vicios de hecho o de derecho de la cosa dada en pago.

En el proyecto complementario de 1937²¹⁷ fue regulada la *datio in solutum* según el modelo concebido en la codificación uruguaya de 1868, argentina de 1869 y brasileña de 1916²¹⁸. Este nuevo proyecto de unificación no

²¹⁵ KADUK (cit., 106), 440. También HEINRICH (cit., 194), 1450.

²¹⁶ Según el artículo 177 del proyecto franco-italiano de obligaciones y contratos de 1927: "*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.*

S'il y consent, la dette est éteinte, mais le débiteur doit garantie pour l'éviction ou les vices cachés de la chose donnée en paiement" (Commissione Reale per la Riforma dei Codici/Commission Française d'Études de l'Union Législative entre les Nations Alliées et Amies, Progetto di Codice delle Oblighazioni e dei Contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927 – Anno VI, 1928, 81).

²¹⁷ FRANCESCO CONSENTINI (Ed.), *Code International des obligations en 3115 articles*. Perfectionnement et Ampliation du Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats (1927) en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales, 1937, 5-14.

²¹⁸ Según el artículo 519 del complemento al proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927: "*Le créancier peut consentir à recevoir une chose autre que de l'argent, en remplacement de la prestation due*". Este artículo corresponde a los parágrafos 1115 del *Esboço de Código Civil* (1860-1865) de Teixeira de Freitas, 1490 del código civil uruguayo de 1868, 779 del ordenamiento civil argentino de 1869 y 995 de la codificación brasileña de 1916.

Conforme al párrafo 520 del complemento al proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927: *Une fois déterminé le prix de la chose donnée en paiement, les rapports entre les parties seront régis par les règles du contrat de vente*". Este párrafo corresponde al artículo 1117 del *Esboço de Código Civil* (1860-1865), al segundo inciso del precepto 1491 del Código Civil Uruguayo de 1868 y al artículo 781 del ordenamiento civil argentino de 1869, así como al 996 de la codificación brasileña de 1916.

En el artículo 521 del complemento al proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927 fue previsto que "*Si la chose donnée en paiement est un titre de crédit, le transfert en emportation cession*". Este párrafo corresponde al artículo 1118 del *Esboço de Código Civil* (1860-1865), del inciso 1.º de la norma 1491 del Código Civil Uruguayo de 1868 y a los artículos 780 del ordenamiento argentino de 1869, así como 997 de la codificación brasileña de 1916.

Finalmente, el complemento al proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927, basado en el cual el párrafo 998 del ordenamiento brasileño de 1916, reguló en el artículo 522, que el acreedor en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* sólo podrá recurrir a la obligación original.

tuvo sin embargo, debido a las circunstancias históricas, importancia práctica alguna²¹⁹.

1.9 El Código Civil Italiano (1942)

Es reconocido que el *Code Napoléon* ejerció una especial influencia sobre el proceso codificador de la unificación italiana en el siglo XIX²²⁰. En razón a este influjo el código italiano de 1865 contenía sólo referencias normativas indirectas en relación con la *datio in solutum*²²¹. En contraste, esta figura fue expresamente regulada en el código italiano de 1942.

En el proceso de codificación alemán de los siglos XVIII y XIX fueron ampliamente usadas denominaciones del fenómeno *pro soluto* que ponían de relieve el consentimiento del acreedor como presupuesto necesario para la realización del *aliud*²²². En contraste, los codificadores del Código Civil Italiano de 1942 emplearon una nueva expresión que tuvo en cuenta no sólo todos los posibles eventos en los que puede tener lugar el *aliud pro alio*²²³, sino el consentimiento del deudor²²⁴. Esta expresión hunde sus raíces modernas en el § 358 del proyecto de Dresden de 1864, en el artículo 2 (295) del *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* de 1884 a 1887 y en la redacción final del § 364 del BGB. Como ha sostenido ALLARA²²⁵, corresponde exactamente esta nueva denominación —*prestazione in luogo dell'adempimento*— a la expresión romana *aliud pro alio solvere*.

Ver, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, 1860, 502, 503. Clovis Bevilacqua (Ed.), *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, V. 4, 4 Ed., 1934, 157-159. Francesco Consentini (Ed.) (cit., 230), 99-100.

²¹⁹ MARIO ROTONDI, *Il Progetto Italo-Francese delle Obbligazioni*, in: *Il Progetto Franco-Italiano di Codice delle Obbligazioni*, 1980, 5 (6).

²²⁰ ALESSANDRO SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, 2000, 135-139.

²²¹ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), S. 87-88. RODOTÀ (cit., 199), S. 734.

²²² Así por ejemplo: el Preußische Allgemeine Landrecht de 1794, el cual utilizó la expresión "*Angabe an Zahlungsstatt*" para referirse a la *datio in solutum* (v. s. III, 1.2); el ABGB austriaco de 1811, el cual empleó la expresión "*Hingabe an Zahlungs statt (HZst.)*" en relación con la regulación de la misma figura (V. s. III, 1.3) y el BGB de 1900, el cual empleó la denominación "*Annahme an Erfüllungs statt*" con relación a la disciplina del fenómeno *pro soluto* (v. s. III, 1.7). Ver, SACCOCCIO, «*Datio in solutum*»... (cit., 1), 4900-4902.

²²³ Esta corriente generalizadora hunde sus raíces positivas en el proyecto de Dresden de 1866 y fue continuada por los redactores del BGB alemán de 1900 (v. s. III, 1.6; III, 1.7). Ver, ZACCARIA (cit., 222), 60. ALLARA (cit., 94), 77.

²²⁴ ALLARA (cit., 94), 78.

²²⁵ ALLARA (cit., 94), 78.

Conforme al artículo 1243 del *Code Napoléon*²²⁶, el párrafo 1245 del código italiano de 1865²²⁷ consagró el principio *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. Este principio fue previsto también por el inciso primero del artículo 1197 del ordenamiento de 1942. Según esta norma: "*Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita*".

Como RODOTÀ²²⁸ ha mostrado, la actual configuración de la *prestazione in luogo dell'adempimento* en la codificación italiana de 1942 está dirigida a la solución de importantes problemas que estaban presentes en la jurisprudencia y en la doctrina desde el siglo XIX.

En efecto, en contraste con su antecedente alemán, el artículo 1197 del código italiano de 1942 definió no sólo la naturaleza jurídica contractual del *aliud pro alio*, sino también las condiciones de su validez²²⁹. De acuerdo con esta disposición, es ineficaz la *prestazione in luogo dell'adempimento* si la prestación *in solutum* no es realizada²³⁰.

De acuerdo con el segundo inciso del nombrado artículo 1197 corresponde al acreedor, en caso de vicios de derecho o de hecho de la prestación realizada *pro soluto*, la facultad de elección ya del recurso a la obligación original, o a la garantía según las normas del contrato de compraventa²³¹. El código italiano codificó por consiguiente para la *prestazione in luogo dell'adempimento* la posición predominante en el medioevo y en el derecho común del siglo XIX²³².

Por otra parte el inciso tercero del artículo 1197 consagra el principio *nemo ex alterius facto praegravari debet*. Este principio fue regulado también en el párrafo 2038 del *Code Napoléon*, aunque en dicha codificación su aplicación se encontraba limitada exclusivamente a la liberación de los fiadores. En contraste, este inciso regula una norma de alcance general que tiene por objeto la protección de todos los terceros que han otorgado garantías personales o reales, si llegase a surgir la apariencia de cumplimiento de la prestación en lugar de cumplimiento y el acree-

²²⁶ Según el artículo 1243 del código francés de 1804: "*Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande*".

²²⁷ Según el artículo 1245 del Código Civil Italiano de 1865: "*Il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quell'ache gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore*" (O. VERF., *Codice Civile del Regno d'Italia, corredato della relazione del ministro guardasigilli fatta a s.M. in udienza del 25 giugno 1865, 1866, 359*).

²²⁸ RODOTÀ (cit., 199), 734.

²²⁹ RODOTÀ (cit., 199), 735.

²³⁰ RODOTÀ (cit., 199), 735.

²³¹ Según los incisos segundo y tercero del artículo 1197 del Código Civil Italiano de 1942: "*Se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno. In ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi*".

²³² v. s. II, 1; III, 1.4.

dor en el caso de vicio de derecho o de hecho de la prestación *in solutum* eligiese recurrir a la obligación original.

1.10 El Código Civil Portugués (1966)

El fenómeno *pro soluto* no fue regulado expresamente en el código portugués de 1867. Siguiendo el modelo del artículo 2038 del Código Civil Francés reguló este ordenamiento en el parágrafo 850 el principio *nemo ex alterius facto praegravari debet* en relación con los fiadores de una obligación que era extinta en razón a una *datio in solutum* (*dação em pagamento*). Según este artículo: „Se o credor aceitar voluntariamente qualquer coisa em pagamento de dívida, ficará desonerado o fiador ainda que o credor venha depois a perdeo por evicção a coisa prestada”²³³.

En comparación con este código, el nuevo ordenamiento portugués de 1966 regula la *dação em pagamento* en los artículos 837 a 839. Estas normas fueron reguladas en el capítulo VIII, el cual trata los modos de extinción de las obligaciones distintos al cumplimiento (“*Causas de extinção das obrigações além do cumprimento*”), ubicado en el título I del libro II. El nuevo código portugués reguló una figura independiente, cuya configuración corresponde en esencia a aquella de la regulación italiana²³⁴. Sin embargo, en comparación al código italiano fue empleado en este ordenamiento una expresión que se refiere exclusivamente a la *datio in solutum* y no incluye otros supuestos del fenómeno *aliud pro alio*.

De acuerdo con el inciso segundo del § 1197 del código italiano, el artículo 837²³⁵ de la codificación portuguesa de 1966 definió la naturaleza jurídica contractual de la *dação em pagamento*. Por otra parte el § 838²³⁶ de este código reguló que el acreedor, en caso de vicio en la cosa o del derecho transmitido, puede hacer valer o bien la garantía regulada según las normas de la compraventa, o bien exigir la obligación original, así como en todo caso la indemnización por daños.

Conforme al modelo del código italiano de 1942, el Código Civil Portugués de 1966, reguló en su artículo 839²³⁷ que las garantías exigibles a terceros con relación al cumplimiento de la relación obligatoria original no resurgen en razón a

²³³ O. VERF., *Código Civil Portuguez, aprovado por carta de lei de 1 de julio de 1867*, 2 Ed., 1868, 149.

²³⁴ HARDER (cit., 44), 87.

²³⁵ Según el artículo 837 del código portugués: “(Quando é admitida) A prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”.

²³⁶ Conforme al artículo 838 del código portugués: „(Vícios da coisa ou do direito) O credor a quem for feita a dação em cumprimento goza de garantia pelos vícios da coisa ou do direito transmitido, nos termos prescritos para a compra e venda, mas pode optar pela prestação primitiva e reparação dos danos sofridos”.

²³⁷ Según el artículo 839 del código portugués: „(Nulidade ou anulabilidade da dação) Sendo a dação declarada nula ou anulada por causa imputável ao credor, não renascem as garantias prestadas por terceiro, excepto se este conhecia o vício na data em que teve notícia da dação”.

la invalidez de la *dação em pagamento*, salvo que el tercero conozca el vicio del *aliud* al momento en el cual a él la *datio in solutum* le es comunicada²³⁸.

A partir de la investigación sobre la recepción expresa de la *datio in solutum* en los códigos europeos occidentales, es posible concluir que la corriente predominante dentro del proceso de codificación alemán de los siglos XVIII y XIX equiparó la *datio in solutum* al contrato de compraventa. Esta corriente tuvo su origen positivo en el *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 (§242) y fue mantenida en el ABCB austriaco de 1811 (§1414), en el *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern* de 1861 a 1864 (§84), en el BGB sajón de 1865 (§§ 1082-1100), en el proyecto de Dresden de 1864 (§ 358) y 1866 (§345). La configuración de la figura jurídica del *aliud pro alio* en el BGB (1900) pertenece también a esta corriente, sin embargo, ella ha empleado una nueva denominación para la identificación de la figura. Esta nueva denominación hunde sus raíces en el Proyecto de Dresden de 1864 y pretende abarcar todos los posibles casos (*tradere, facere, non facere, nomen*) en los cuales un *aliud pro alio* puede tener lugar. Además de la generalización de estos supuestos, la regulación presente en el BGB no limitó los vicios que pueden afectar la validez de la prestación en lugar de cumplimiento a aquellos de derecho, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones generales concernientes a los negocios jurídicos.

Por otra parte, con base en los argumentos presentados, es posible sostener, que la configuración de la prestación en lugar de cumplimiento en el *codice civile* de 1942 implicó un giro en el proceso histórico de codificación de la figura, pues el codificador italiano reguló para el caso de la invalidez de la *prestazione in luogo dell'adempimento* la solución predominante en el medioevo y en el derecho común del siglo XIX. Además generalizó la aplicación del principio *nemo ex alterius facto praegravari debet* para la protección de los terceros que han otorgado garantías personales o reales, en el supuesto en el cual llegase a surgir la apariencia de cumplimiento del *aliud* y el acreedor eligiese recurrir a la obligación original en el caso de vicio de derecho o de hecho de la prestación *in solutum*. Así también lo hace el código portugués de 1966 que, sin embargo, establece expresamente la exigencia de buena fe del tercero garante para la aplicación de este principio.

2. La recepción expresa de la *datio in solutum* en los códigos latinoamericanos

Algunos códigos latinoamericanos regularon expresamente la prestación en lugar de cumplimiento. El modelo que fue desarrollado por la doctrina germana en los siglos XVIII y XIX influyó dicha regulación. A este respecto los proyectos de codificación

²³⁸ HARDER (cit., 44), 87.

elaborados por TEIXEIRA DE FREITAS son de gran importancia, pues ellos constituyen un puente entre las codificaciones europeas y latinoamericanas del siglo XIX²³⁹.

A pesar de la nombrada influencia, la presentación del principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest* en el primer proyecto de TEIXEIRA DE FREITAS de 1857 llamado la *Consolidação das leis civis*, discrepa de los modelos de la tradición del proceso codificador europeo. Así, según el artículo 825 de este proyecto: „*Não pôde o credor exigir mais do que se lhe deve, ou exigindo uma cousa por outra, ou não descontando o que já tiver recebido*”²⁴⁰. Por otra parte, de acuerdo con la corriente dominante en el siglo XIX en el sistema germánico, el § 4 del artículo 595 de la *Consolidação das leis civis* equiparó la *datio in solutum* al contrato de compraventa²⁴¹.

En el segundo proyecto elaborado por TEIXEIRA DE FREITAS entre 1860 y 1865, titulado *Esboço de Código Civil*, el autor reguló el fenómeno *pro soluto* como una modalidad de cumplimiento, limitando la aplicación de la expresión *pagamento por entrega de bens* al supuesto en el cual el *aliud* está constituido por una cosa mueble o inmueble en lugar de otra cosa (*res pro re*)²⁴². En efecto, el artículo 1115 del *Esboço*²⁴³ descartó la entrega de dinero en lugar de una cosa o de dinero (*pecunia pro re* o *pecunia pro pecunia*) de la regulación de la *datio in solutum*, porque dicha entrega configuraría un contrato de compraventa²⁴⁴. Por la misma razón, el parágrafo 1117²⁴⁵ excluyó de esta regulación también el caso en el cual el acreedor acepta un *aliud*, cuyo valor ha sido determinado previamente. Así mismo, previó el artículo 1118²⁴⁶ del *Esboço*, que

²³⁹ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 313.

Sobre la influencia de la tradición jurídica germánica acerca del trabajo de TEIXEIRA DE FREITAS, ver JEAN PETER SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 2009, 36-38.

²⁴⁰ AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3 Ed., 1896, 497.

²⁴¹ En el § 4 del artículo 595 de la *Consolidação das leis civis* de 1857 fue previsto que: “*Equiparãose ás compras e vendas, para o pagamento da siza: § 4o. As dações em pagamento, ou quando os devedores, em consequencia de contractos de compra e venda, ou troca de bens de raiz, págão com generos, ou cousas, que representem moeda, ou quando págão, com bens de raiz, o que devião em dinheiro*”.

TEIXEIRA DE FREITAS comentó al 510 del nombrado proyecto que: “*Reputão-se equipollentes ao contracto de compra e venda, bem endendido mutatis mutandis, os seguintes contractos: ... Contracto de dação in solutum, seja qual fôr o objecto, que se dê em pagamento da divida*” (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação...* (cit., 240), 342; 394).

²⁴² Como BEVILAQUA aclaró: “*Deve-se restringir a designação – datio in solutum á substituição por coisa que não seja dinheiro, porque este é uma medida geral de valor, na qual se pôdem facilmente ajustar todas as prestações, e o que caracteriza a especie de que se trata é ser ella uma substituição, uma transferencia, uma permuta. Havendo taxação de preço, ou porque se o determine pelo valor da coisa dada em pagamento, ha realmente um acto de compra e venda, a regular-se pelas normas estabelecidas para esse contracto. Se a coisa dada em pagamento fôr um titulo de credito, o caso será de cessão*” (BEVILAQUA (Ed.), *Código...* (cit., 218), 129).

²⁴³ Según el artículo 1115 del *Esboço de Código Civil*: “*Paga-se por entrega de bens, quando o credor recebe voluntariamente para seu pagamento alguma coisa que não seja dinheiro, em substituição da que se lhe devia entregar, ou do fato que se lhe devia prestar*” (TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil...* (cit., 218), 502).

²⁴⁴ CLOVIS BEVILAQUA, *Direito das Obrigações*, 4. Aufl., 1936, 129.

²⁴⁵ Conforme al artículo 1117 del *Esboço de Código Civil*: “*Determinado o preço, pelo qual o credor recebe a coisa para seu pagamento, suas relações com o devedor, ou com o terceiro que lhe pagar deste modo, serão julgadas pelas regras da compra e venda*” (TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil...* (cit., 218), 503).

²⁴⁶ Según el artículo 1118 del *Esboço de Código Civil*: “*Se a coisa recebida pelo credor para seu pagamento fôr da classe das representativas de valor (art. 381), suas relações com o devedor, ou com o terceiro que lhe*

el caso en el cual el *aliud* es constituido por una deuda (*nomen*), debía ser considerado como una cesión de crédito. No obstante, el artículo 1119²⁴⁷ del *Esboço*, que fue inspirado en el § 4 del artículo 595 de la *Consolidação*, estableció que el acreedor en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* debía ser tratado como un comprador.

En el sentido del segundo proyecto de TEIXEIRA DE FREITAS²⁴⁸ fue regulada la *datio in solutum* en los artículos 1490 a 1493 del Código Civil Uruguayo de 1868 en el capítulo "De la paga en general"²⁴⁹. De la misma forma, el *Esboço* influenció la configuración del "pago por entrega de bienes", regulado en los artículos 779 a 783 del Código Civil Argentino de 1869²⁵⁰.

El autor del código peruano de 1936 reguló de manera expresa la *datio in solutum*, tomando como base para su configuración el ordenamiento argentino de 1869. De acuerdo con este modelo, dicho autor previó en el artículo 1276²⁵¹ la aplicación de las disposiciones referentes al contrato de compraventa, para el caso en el cual el acreedor acepta un *aliud* cuyo valor ha sido previamente estimado. Inspirado en el artículo 779 del Código Civil Argentino, el codificador peruano de 1936 excluyó de la regulación de la *datio in solutum* en el parágrafo 1274²⁵² los casos de *pecunia pro re* y de *pecunia pro pecunia*. Así mismo, dicho codificador reguló en el parágrafo 1279²⁵³ que el acreedor, en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, debía ser tratado como un comprador.

pagar deste modo, serão julgadas pelas regras da cessão de direitos" (TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil...* (cit., 218), 503).

²⁴⁷ Según el artículo 1119 del *Esboço de Código Civil*: "A evicção do credor, em cuja posse fôr demandada a coisa recebida por elle em pagamento, dar-lhe-ha direito para ser indemnizado como um comprador, mas não para fazer revivêr a obrigação extincta" (TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil...* (cit., 218), 503).

²⁴⁸ Para concordancias entre el complemento al proyecto franco-italiano sobre obligaciones y contratos de 1927, el *Esboço de Código Civil* (1860-1865) de TEIXEIRA DE FREITAS, el Código Civil Uruguayo de 1868, el ordenamiento civil argentino de 1869 y la codificación brasileña de 1916 con relación a las normas que se refieren al fenómeno *pro soluto* v. s. cit., 218.

²⁴⁹ Sobre la influencia de los aportes de TEIXEIRA DE FREITAS sobre el código uruguayo de 1868, ver GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 278-285.

²⁵⁰ LLAMBIAS (cit., 199), *Manual...*, 429-433. RUBÉN H. Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, 1997, 508-512. GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, V. 1, 8 Ed., 1984, 622-627. GUILLERMO A. BORDA, *Manual de obligaciones*, 1981, 354-357. LLAMBIAS (cit., 199), *Tratado...*, 7-24. ALFREDO COLMO, *De las obligaciones en general*, 3 Ed., 1961, 464-467. LUIS MARIA REZZÓNICO, *Manual de obligaciones*, 1959, 281-283. HÉCTOR LAFAILLE, *Curso de obligaciones*, V. 1, 1926, 292-296.

²⁵¹ El artículo 1276 del Código Civil Peruano de 1936 corresponde al parágrafo 781 del ordenamiento argentino de 1869. Según el artículo 1276 del código peruano de 1936: "Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas de la compraventa" (ABRAHAM GÓMEZ (Hrsg.), *Código Civil Concordado*, 1953, 193).

²⁵² Según el artículo 1274 del Código Civil Peruano de 1936: "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" (GÓMEZ (Hrsg.) (cit., 251), 192).

²⁵³ El artículo 1279 del Código Civil Peruano de 1936 corresponde al parágrafo 783 del ordenamiento argentino. Según el artículo 1279 del código peruano de 1936: "Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa que recibió en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá en este caso la obligación primitiva" (GÓMEZ (Hrsg.) (cit., 251), 193).

A pesar de la influencia del Código Civil Argentino, fue regulada también en el ordenamiento peruano de 1936, la extinción parcial de las obligaciones con base en la prestación en lugar de cumplimiento en el artículo 1274 y el principio *nemo ex alterius facto praegravari debet* en el párrafo 1795²⁵⁴. La consagración de este principio fue contradictoria, pues el nombrado párrafo 1279 excluyó la posibilidad de exigir la obligación original en caso de evicción de la cosa dada *in solutum*²⁵⁵.

En el ordenamiento peruano de 1936 no fue expresamente regulado el principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*²⁵⁶. De manera consecuente, este ordenamiento mantuvo, en el primer inciso del artículo 1579 y del párrafo 1600, la regulación del *beneficium dationis in solutum* con relación al deudor de un mutuo o de un comodato, que el código peruano de 1852 también había previsto²⁵⁷.

Aunque en el código peruano de 1984 fue repetida la regulación de la *datio in solutum* del ordenamiento de 1936²⁵⁸, fueron omitidas las normas con relación no sólo al caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, sino también a la entrega de dinero en lugar de una cosa o de dinero²⁵⁹.

Por otra parte, después de la Guerra de la Triple Alianza, fue adoptado en Paraguay el Código Civil Argentino²⁶⁰. En razón a la influencia de dicho código, el codificador paraguayo de 1985 reguló expresamente la *datio in solutum*²⁶¹. El artículo 598²⁶² del nuevo ordenamiento paraguayo excluyó de la regulación de esta figura, aquel caso en el cual el *aliud* es constituido por una deuda (*nomen*), configurándolo como una cesión de crédito. Además este ordenamiento afirmó que, si alguien tie-

²⁵⁴ Según el artículo 1795 del Código Civil Peruano de 1936: "Si el acreedor acepta del deudor un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador" (GÓMEZ (Hrsg.) (cit., 251), 271).

²⁵⁵ Una contradicción parecida se encuentra en el proyecto de un código civil para el Reino de Baviera (1861-1864). V. s. III, 1.5.

²⁵⁶ SACCOCCIO, La C.D. *datio in solutum necessaria*... (cit., 1), 118.

²⁵⁷ v. s. III.

²⁵⁸ Los artículos 2165, 1266 y 1900 del código peruano de 1984 corresponden respectivamente a los párrafos 1274, 1276 y 1900 del ordenamiento de 1936. Además fueron repetidos los párrafos 1579 y 1600 del ordenamiento peruano de 1936 en los preceptos 1661, 1662 y 1750 de la codificación de 1984.

²⁵⁹ SACCOCCIO, *Levizione*... (cit., 134), 287-288.

²⁶⁰ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*... (cit., 137), 276-278.

²⁶¹ Esta influencia es especialmente fuerte si se tiene en cuenta que el inciso segundo del párrafo 598 y el artículo 601 del Código Civil Paraguayo de 1985, corresponden de manera respectiva a los artículos 780 y 781 del Código Civil Argentino de 1869.

Aunque este ordenamiento tuvo una débil influencia sobre Código Civil Cubano de 1987 (GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*... (cit., 137), 335), los incisos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 297 de esta codificación corresponden respectivamente a los artículos 779, 783 y 780 del Código Civil Argentino. A pesar de este hecho, el ordenamiento cubano de 1987 incluyó el caso de la entrega de dinero en lugar de una cosa o de dinero como supuestos de *datio in solutum* en el inciso 1.º del artículo 287.

²⁶² Según el artículo 598 del código paraguayo de 1985: "La obligación quedará extinguida cuando el acreedor aceptare en pago una prestación diversa. Si lo entregado fueren créditos contra terceros se aplicarán las reglas de la cesión".

ne un mejor derecho a la cosa dada *in solutum* que el acreedor, las normas generales de la evicción y de los vicios deben ser aplicadas²⁶³. También este ordenamiento reguló en su párrafo 600²⁶⁴, que el solo convenio de la *datio in solutum* no extingue la obligación, pero él puede ser usado como prueba en la defensa del deudor.

La configuración de la *datio in solutum* en el *Esboço de Código Civil* sirvió como modelo para los códigos brasileños de 1916²⁶⁵ y 2002²⁶⁶. Sin embargo, estos códigos han regulado que el acreedor en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum* puede recurrir a la obligación original²⁶⁷. A diferencia de los ordenamientos italiano y portugués, que contienen normas dirigidas a la protección de todos los terceros que han otorgado garantías personales o reales, en el supuesto en el cual llegase a surgir la apariencia de cumplimiento de la prestación en lugar de cumplimiento y el acreedor en el caso de vicio de derecho o de hecho de la prestación *in solutum* recurre a la obligación original, previó el código brasileño de 2002 en el artículo 359 una regulación general, dirigida a proteger los derechos de terceros en el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*. Una parte de la doctrina brasileña ha identificado, sin embargo, una laguna en dicho artículo con relación a la protección de los derechos de terceros en el caso de vicios de hecho sobre la cosa dada *in solutum* y aún de vicios en general acaecidos sobre la actividad *in solutum* llevada a cabo²⁶⁸.

²⁶³ De hecho, el título tercero del libro tercero del código paraguayo de 1985 presenta una regulación general de la evicción y los vicios de hecho y de derecho, la cual es aplicable a todo acto traslativo. De esta forma, según el artículo 1759 de este ordenamiento: "*Habrá evicción cuando quien adquirió bienes a título oneroso o los dividió con otro, fuere, en virtud de fallo judicial y por causa ignorada, anterior o contemporánea a la transferencia o división, privado total o parcialmente del derecho adquirido. Responderán tanto quien transmitió o dividió los bienes, como los antecesores en el título traslativo del dominio. Si la sentencia fuere arbitral, sólo producirá efecto en el caso de que el enajenante hubiese firmado el compromiso*".

²⁶⁴ Según el artículo 600 del Código Civil Paraguayo de 1985: "*El mero acuerdo para realizar una dación en pago no extingue la obligación de pleno derecho, pero autoriza al deudor para oponerlo como defensa*".

²⁶⁵ Así por ejemplo, los artículos 995, 996 y 997 del código brasileño de 1916 corresponden respectivamente a los artículos 1115, 1116 y 1117 del *Esboço de Código Civil*.

Ver, BEVILAQUA (Ed.), *Código...* (cit., 218), 157-159. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil...* (cit., 218), 502-503.

²⁶⁶ Aunque el redactor del ordenamiento civil brasileño de 2002 repitió los artículos 995, 996 y 997 del código civil de 1916 en los párrafos 356, 357 y 358, él incluyó en el primero de estos párrafos el caso de la entrega de dinero en lugar de una cosa o de dinero como supuestos de *datio in solutum*.

Ver, BEVILAQUA (Ed.), *Código...* (cit., 218), 157-159.

²⁶⁷ Según el artículo 359 del Código Civil Brasileño de 2002: "*Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros*".

Como es evidente, el artículo 998 del Código Civil Brasileño de 1916 fue repetido por el párrafo transcrito. La solución prevista por éstos para el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, había sido regulada ya por el código mexicano de 1927. Según el artículo 2096 de esta codificación: "*Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacera la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago*".

Ver, BEVILAQUA (Ed.), *Código...* (cit., 218), 159.

²⁶⁸ ATTILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JR., *Comentários ao novo código civil. Direito das Obrigações* (arts. 233 a 420), 2003, 150-151.

Finalmente, el codificador boliviano de 1975, repitió el párrafo 1197 del ordenamiento italiano en el artículo 307 del código civil²⁶⁹. A pesar de este hecho, el ordenamiento boliviano mantuvo, en el párrafo 309²⁷⁰, la regulación del *beneficium dationis in solutum*, que hunde sus raíces en el artículo 838 del ordenamiento boliviano de 1830²⁷¹.

El análisis de los códigos del subsistema latinoamericano permite concluir, que la configuración actual del fenómeno *pro soluto* en ellos responde no sólo a la influencia inicial del modelo elaborado por la doctrina germana de los siglos XVIII y XIX, transmitida a través de los proyectos realizados por TEIXEIRA DE FREITAS, sino también al influjo de las nuevas tendencias codificadoras europeas especialmente representadas por el modelo italiano de 1942. Por otra parte, la explicación de dicha configuración sería incompleta, si no se tienen en cuenta además las particularidades propias de estos ordenamientos provenientes de las fuentes medievales españolas.

IV. CONCLUSIONES

Con base en los argumentos expuestos se puede concluir, que no obstante haber sido el *aliud pro alio* un fenómeno recurrente en la economía, no existe en las fuentes romanas una expresión dirigida a su identificación exacta. Diversos *pacta* debieron haber sido el medio habitual para su configuración particular, que no conoció, con relación a su objeto, limitación alguna que no estuviese basada en el consentimiento del acreedor. Con respecto a las soluciones que para el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum* son propuestas por los fragmentos romanos, se puede concluir que ellas no se excluyeron mutuamente. A través de la concesión de la *actio ex empto utilis* no afirmaron los juristas romanos la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa.

De acuerdo con Nov. 4, 3, Nov. 120, 6, 2 y Suet. Divus Iulius 42, 3 se puede deducir que la figura por ellos descrita fue una excepción en el derecho romano al principio *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest*. Esta figura pretendía solucionar el problema del incumplimiento recurrente de obligaciones de naturaleza pecuniaria, causado por una coyuntural y local reducción del dinero circulante.

A diferencia de la figura descrita por estos fragmentos, la *datio in solutum necessaria* –también llamada *beneficium dationis in solutum*– fue una conquista de los juristas del medioevo. Ella fue un instrumento dirigido a la indemnización de los acreedores,

²⁶⁹ Sobre la influencia del código italiano de 1942 sobre el ordenamiento boliviano de 1975, ver GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación...* (cit., 137), 331.

²⁷⁰ Según el artículo 309 del código boliviano de 1975: "El deudor que no puede pagar conforme a lo estipulado o lo dispuesto por la ley, podrá hacerlo de modo distinto o con una prestación diversa de la debida, mediante autorización judicial".

²⁷¹ v. s. III.

cuyo objeto no se limitó de manera exclusiva a los bienes inmuebles y que tuvo lugar aún fuera del procedimiento judicial. Además su empleo en numerosos ordenamientos tuvo carácter permanente y no fue restringido tan solo al caso del incumplimiento de las obligaciones dinerarias surgidas de contratos de mutuo.

Por otra parte, las fuentes del alto medioevo no contienen referencia alguna sobre el fenómeno *aliud pro alio*. Es probable que fuentes confiables del nombrado fenómeno, pueden ser encontradas sólo en las fuentes del renacimiento jurídico del siglo XII.

Los juristas del *mos italicus* definieron la *datio in solutum* como un contrato innominado. Esta definición permitió armonizar las divergentes fuentes justinianas, pues, según su opinión, mientras en el caso de la *datio* de una cosa en lugar de dinero tendría lugar una figura equivalente a la compraventa en el caso de una *datio* de una cosa en lugar de otra tendría lugar una figura equivalente a la permuta. Esta interpretación de la glosa fue no sólo compartida por la doctrina medieval, sino incluso profundizada. Juristas del *mos gallicus* y del *usus modernus pandectarum* equipararon la *datio in solutum* con la compraventa. Esta posición fue aceptada en el moderno derecho natural y en la pandectística con algunas diferencias. Además esta interpretación fue la corriente predominante del proceso codificador alemán de los siglos XVIII y XIX.

De hecho esta interpretación fue mantenida en el *Preußisches Allgemeines Landrecht* de 1794 (§ 242), en el ABGB austriaco de 1811 (§ 1414), en el *Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern* de 1861 a 1864 (§ 64), en el BGB sajón de 1865 (§§ 1082 a 1100), en el proyecto de Dresden de 1864 (§ 358) y de 1866 (§ 345). La configuración de la figura jurídica del *aliud pro alio* en el BGB (1900) pertenece también a esta corriente, sin embargo, ella ha empleado una nueva denominación para la identificación de la figura. Esta nueva denominación hunde sus raíces en el proyecto de Dresden de 1864 y pretende abarcar todos los posibles casos (*tradere, facere, non facere, nomen*) en los cuales un *aliud pro alio* puede tener lugar. Además de la generalización de estos supuestos, la regulación presente en el BGB no limitó los vicios que pueden afectar la validez de la prestación en lugar de cumplimiento a aquellos de derecho, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones generales concernientes a los negocios jurídicos.

Por otra parte, la configuración de la prestación en lugar de cumplimiento en el *codice civile* de 1942 implicó un giro en el proceso histórico de codificación de la figura, pues el codificador italiano reguló para el caso de la invalidez de la *prestazione in luogo dell'adempimento*, la solución predominante en el medioevo y en el derecho común del siglo XIX. Además, generalizó la aplicación del principio *nemo ex alterius facto praegravari debet* para la protección de los terceros que han otorgado garantías personales o reales, en el supuesto en el cual llegase a surgir la apariencia de cumplimiento del *aliud* y el acreedor en el caso de vicio de derecho o de hecho de la prestación *in solutum*, elige recurrir a la obligación original. Así también lo hace el

código portugués de 1966 que, sin embargo, establece expresamente la exigencia de buena fe del tercero garante para la aplicación de este principio.

De otro lado, el codificador francés ha omitido una regulación expresa del fenómeno *aliud pro alio*. A pesar de esta característica atípica se encuentran en el *Code Napoléon* referencias normativas indirectas a la *datio in solutum*. Códigos y proyectos europeos y latinoamericanos que han sido influenciados por este ordenamiento (por ejemplo: el Código Civil Chileno de 1855, el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 y el Código Civil Español de 1889), presentan también estas referencias normativas indirectas. La consagración del principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* en estos ordenamientos tuvo no sólo como objetivo la fijación del deber de cumplimiento, sino también el reconocimiento de la *datio in solutum voluntaria*. A pesar de este hecho fueron reguladas excepciones a este principio en algunos códigos latinoamericanos, las cuales se basan en las fuentes españolas medievales consagradas a la *datio in solutum necessaria* (así por ejemplo: el artículo 838 del Código Civil Boliviano de 1839 y el inciso primero de la disposición 1815 y el párrafo 1841 del ordenamiento peruano de 1852).

En contraste, algunos códigos latinoamericanos regularon expresamente la prestación en lugar de cumplimiento. Dichos ordenamientos tuvieron como modelo inicial el segundo proyecto de código civil elaborado por TEIXEIRA DE FREITAS. Aunque la regulación de la *datio in solutum* en este proyecto había sido influenciada por la doctrina germánica de los siglos XVIII y XIX, también presenta características propias. Este proyecto reguló el fenómeno *pro soluto* como una modalidad de cumplimiento, limitando la aplicación de la expresión *pagamento por entrega de bens* al supuesto en el cual el *aliud* está constituido por una cosa mueble o inmueble en lugar de otra cosa (*res pro re*). Además, este proyecto estableció, de acuerdo con la tradición codificatoria germánica de su tiempo, que el acreedor en caso de evicción de la cosa dada *in solutum* debía ser tratado como un comprador. En el sentido del segundo proyecto de TEIXEIRA DE FREITAS fue regulada la *datio in solutum* en el Código Civil Uruguayo de 1868 y en el Código Civil Argentino de 1869.

A su vez, el autor del código peruano de 1936, reguló de manera expresa la *datio in solutum*, tomando como base para su configuración el ordenamiento argentino de 1869. No obstante, este ordenamiento mantuvo, en el primer inciso del artículo 1579 y del párrafo 1600, la regulación del *beneficium dationis in solutum* con relación al deudor de un mutuo o de un comodato, que el código peruano de 1852 también había previsto. Aunque en el código peruano de 1984 fue repetida la regulación de la *datio in solutum* del ordenamiento de 1936, fueron omitidas las normas con relación no sólo al caso de la evicción de la cosa dada *in solutum*, sino también a la entrega de dinero en lugar de una cosa o de dinero.

La configuración del segundo proyecto de TEIXEIRA DE FREITAS sirvió de modelo jurídico para los códigos civiles brasileños de 1916 y 2002, aunque su regulación para el caso de la evicción de la cosa dada *in solutum* se separa del modelo argentino y uruguayo. De la misma forma el codificador paraguayo de 1985 fue influenciado

por el modelo argentino, aunque él reguló que en caso de que alguien tuviese un mejor derecho que el acreedor sobre la cosa dada *in solutum*, le serían aplicables las normas generales sobre vicios.

En comparación a esta corriente, el código boliviano de 1975 repitió, en el párrafo 307, el artículo 1197 del ordenamiento italiano de 1942; aunque mantuvo la regulación del *beneficium dationis in solutum* de acuerdo con su antecedente de 1839.