



Ciencia y Cultura

ISSN: 2077-3323

cultura@ucb.edu.bo

Universidad Católica Boliviana San Pablo  
Bolivia

Villafuerte Philippsborn, Fernando Daniel  
Origen, evolución histórica y naturaleza del Art. 309 del Código Civil boliviano  
Ciencia y Cultura, núm. 35, diciembre, 2015, pp. 35-53  
Universidad Católica Boliviana San Pablo  
La Paz, Bolivia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=425843380003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Origen, evolución histórica y naturaleza del Art. 309 del Código Civil boliviano

## Origen, historical evolution and nature of bolivian civil codes's Art. 309

Fernando Daniel Villafuerte Philippsborn\*

### Resumen

El Art. 309 del Código Civil boliviano tipifica un instituto jurídico que ha evolucionado en cada una de las etapas del sistema jurídico romanístico. Se trata de una de las dos especies de la *datio in solutum*, denominada *necessaria* porque es impuesta a las partes, en especial al acreedor. Durante siglos esta imposición ha sido tácitamente aceptada por los tribunales de la región como una consecuencia natural de la ejecución forzosa de las obligaciones.

La *datio in solutum necessaria* es contraria al principio de intangibilidad de los contratos y al de exactitud en el cumplimiento de las obligaciones que la legislación boliviana ha heredado de los Arts. 6 y 1134 del *Code civil des français*.

La notoria contradicción que genera el Art. 309 con el sistema ha merecido más atención por parte de algunos estudiosos del Derecho civil boliviano, que el instituto de la *datio in solutum necessaria*.

**Palabras clave:** Cumplimiento, obligación, *datio in solutum necessaria*, intangibilidad de los contratos y exactitud.

\* Profesor de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo".  
Contacto: fervph@hotmail.com

## Abstract

The art. 309 of the bolivian Civil Code defines a legal institute that has evolved in each of the steps of *Romanistic Legal System*. It is one of two species of the *datio in solutum*, named *necessaria*, because it is imposed to the parties, particularly to the creditor. For centuries such imposition has been tacitly accepted by the courts of the region as a natural consequence of the enforcement of obligations.

The *datio in solutum necessaria* is contrary to the principles of civil law, such as inviolability of contracts and accuracy in full performance of the obligations that Bolivian legislation inherited from the Arts. 6 and 1134 of the *Code civil des français* elaborate, as it is well known, based on the dogma of the autonomy.

The glaring contradiction generated by Art. 309 with the system, has received more attention from some scholars of Bolivian civil law than the institute of *datio in solutum necessaria*.

**Key words:** Compliance obligation, *datio in solutum necessaria*, sanctity of contracts and accuracy.

## 1. Introducción

Uno de los temas más apasionantes del Derecho de obligaciones es el instituto contenido en el Art. 309 del Código Civil boliviano. Notoriamente conocido por su contradicción con el principio de intangibilidad de los contratos<sup>1</sup> y el de la *solutio eius quod debetur*<sup>2</sup>, ha merecido por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales poco interés.

La norma dice textualmente:

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.

- 1 El principio de intangibilidad de los contratos establece que las convenciones y, por ende los contratos, que sean lícitos y no estén viciados, no pueden ser modificados o alterados ni por el legislador ni por el Juez. El contrato, como dispone el Art. 519 del Código Civil boliviano, tiene fuerza de ley entre las partes; pero, a diferencia de la Ley, el contrato es intangible para el legislador y sólo puede ser alterado o invalidado con el consentimiento de todas las partes que participaron en su formación.
- 2 La traducción de esta frase podría ser: “cumplimiento (exacto) de la totalidad de aquello que es debido”. La exactitud en el cumplimiento comprende la persona que cumple, la que recibe la prestación, la prestación propiamente dicha (lo que se paga), el modo, el momento y el lugar del cumplimiento (Gay, 3.168 e I. 3.29).

La designación (Cumplimiento diferente o con prestación diferente) que ha dado el legislador boliviano a este artículo resalta el *aliud pro alio*<sup>3</sup>, es decir, la realización de una prestación distinta a la deducida de la relación obligatoria. Aunque esta designación no aparece en ninguna legislación extranjera, según expresa el italiano Saccoccio (2002), es la más adecuada para referirse a la *datio in solutum* (dación en pago tanto voluntaria como necesaria), pues abarca a todas las prestaciones y no sólo a las de dar (17).

En el proceso de codificación del Derecho Civil, se han hecho verdaderos esfuerzos para intentar evitar cualquier vestigio de épocas pasadas que autorizara un cumplimiento diferente o con prestación diferente sin el consentimiento del acreedor y del deudor. Por esta razón, la *datio in solutum necessaria* ha sido excluida de casi todos los códigos contemporáneos<sup>4</sup>, que dicho sea de paso han heredado sin excepción los principios de intangibilidad de los contratos y el de exactitud en el cumplimiento de las obligaciones previstos en los Arts. 6 y 1134 del *Code civil des français*<sup>5</sup>. Por ello, hay quienes afirman que el instituto que ocupa al Art. 309 es el resabio de leyes antiguas; siendo así, para muchos juristas no ha merecido un nombre propio acorde al lenguaje de las legislaciones contemporáneas. Sería para ellos un fósil jurídico o un souvenir histórico, y no un instituto del Derecho Civil moderno<sup>6</sup>.

3 Esta expresión latina es empleada para expresar la ejecución de una prestación distinta a la originalmente debida. Literalmente, podría traducirse como “una cosa por otra” (Nardi, 1970:72).

4 Se entiende por códigos contemporáneos aquellos posteriores al *Code civil des français*. Además de los Códigos civiles bolivianos, reconocen de forma expresa a la *datio in solutum necessaria* el Código civil para Estonia y Letonia, de 1864 (ya no está vigente), el Fuero de Navarra, de 1973, y el Código civil uruguayo, de 1852. Otras legislaciones, según ha especulado la doctrina, reconocen al instituto de forma tácita; éste sería el caso del *Codice civile italiano*.

5 Art. 6: “on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.” (no se puede revocar mediante contrato privado las leyes de orden público y aquellas que interesan a las buenas costumbres) (traducción propia)

Art. 1341: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.” (Las convenciones legalmente establecidas tienen el carácter de ley para las partes que intervienen en ellas. Las mismas no pueden ser revocadas, sino es por consentimiento mutuo o por causas autorizadas por la ley. Deben ejecutarse de acuerdo a la buena fe). (traducción propia)

6 Así, Demolombe (1881: § 236, 206), protegiendo el principio de intangibilidad de los contratos, califica a la *datio in solutum necessaria* como un *souvenir historique*. Por su lado, Pothier (1774: 33) manifiesta que la Nov. 4.3 no encuentra lugar en el ordenamiento jurídico francés, pues es contraria al principio consensualista que rige en el Derecho Civil y, también reconoce que hubo tribunales franceses que la aplicaron. Domat (1777:481) sostiene que el *beneficium de la dationis in solutum* es uno más de los otros tantos absurdos adoptados en las decisiones de algunos tribunales franceses anteriores al *Code Civil*, elaborado, como es bien sabido, sobre la base del dogma de la autonomía de la voluntad. Giorgi (1896:357) señala que la *datio in solutum necessaria*, fijada vagamente por la práctica anterior al Códice civil italiano de 1865, sobre las huellas incompletas de la legislación romana, es estimada por los doctrinarios contemporáneos a dicho cuerpo de leyes merecedora de poca consideración, faltándole incluso un nombre propio en el vocabulario jurídico del día. Por lo que para él representa un *fossile giuridico*. Ihering (1952) critica duramente al *beneficium dationis in solutum* indicando que, junto con otros institutos benevolentes, representa un signo de debilidad que, bajo la excusa de razones humanitarias, “roba a unos lo que obsequia a otros”. *El beneficium (dationis in solutum)* “se puede calificar justamente como un atentado contra la idea del derecho y como la violación más horrible contra el sentimiento jurídico que haya sido cometida jamás por parte de la ciencia (del Derecho)” (125-126). Finalmente, Estevil (1986), sostiene modernamente que “Es doctrina acertada aquella que niegue el *beneficium dationis in solutum*

Los resúmenes de jurisprudencia nacional demuestran que el Art. 309 rara vez ha sido aplicado en los juzgados como una norma propia del Derecho sustantivo. Sin embargo, sus efectos se han producido como una consecuencia natural de la ejecución forzosa de las prestaciones dinerarias, gracias a su concordancia con las normas adjetivas que regulan las subastas públicas. Por lo que se puede afirmar que, aunque la norma no ha sido derogada, en Bolivia tuvo vida hasta la vigencia plena del nuevo Código de procedimiento civil.



A. R. Penck

Ingresando al tema en cuestión, el cumplimiento (*solutio*), que aparece mencionado contradictoriamente en el Art. 309, es un acto convencional satisfactorio, por cuanto debe ser efectuado de forma libre por el deudor y aceptado por el acreedor. Una de sus subespecies, la dación en pago (*datio in solutum*), respeta ese principio, en sentido de que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir un *aliud pro alio*, y al mismo tiempo, que el acreedor no puede obligar a su deudor a efectuar una prestación diversa a aquella deducida de la relación obligatoria. Esto es lo que disponen los Arts. 291 y 307 del Código Civil<sup>7</sup>.

Las dos normas citadas, aunque no lo dicen expresamente, reconocen tácitamente el instituto de la dación en pago, pues cuando el acreedor acepta un cumplimiento diferente o con una prestación diferente a la debida, y el deudor promete cumplir con esa prestación diferente, la obligación se extingue de la misma forma que hubiera ocurrido con el pago. Este efecto que se produce, pese a no haber estado previsto originalmente por las partes, no requiere que el consentimiento en el *aliud* sea expreso, basta con que ninguna de las partes se oponga a esta especie de *solutio*.

del Derecho de Pandectas" (288), aunque este mismo autor, refiriéndose al derecho procesal, reconoce la validez de la *datio in solutum* forzosa, con carácter excepcional.

7 Art. 291 (Deber de prestación y derecho del acreedor): "I. El deudor tiene el deber de proporcionar el cumplimiento exacto de la prestación debida. II. El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir que se haga efectiva la prestación por los medios que la ley establece."

Art. 307 (Prestación diversa de la debida): "I. El deudor no se libera ofreciendo una prestación diversa de la debida, aunque tenga igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta en ella."

Estos artículos, además, permiten deducir los presupuestos jurídicos de hecho y de derecho que configuran a la *datio in solutum*. Los de hecho son la preexistencia de una deuda y el *aliud pro alio* (cumplimiento diferente o con prestación diferente) en el momento del pago. Y los presupuestos de Derecho son la voluntad del deudor de cumplir de forma diferente al objeto de la obligación para extinguir el débito y la voluntad del acreedor de conformarse con esa prestación distinta a la originalmente debida (Villafuerte, 2013: 155 y 288).

La *datio in solutum necessaria*, conocida también como coactiva o forzosa, permite la extinción de una obligación con un *aliud pro alio* sin el consentimiento del acreedor o del deudor, como consecuencia natural de una dificultad en la última etapa de la ejecución forzosa de las obligaciones. En consecuencia, se distingue de la así denominada *datio in solutum voluntaria*, porque altera notoriamente la estructura de los presupuestos de Derecho.

## 2. La *datio in solutum necessaria* durante la formación del sistema jurídico romanístico

Aunque el nombre de *datio in solutum necessaria* fue empleado por primera vez el año 1579 por Tiberio Deciani<sup>8</sup>, según afirman algunos autores<sup>9</sup>, existen rastros excepcionales de él desde el año 357 a. C. cuando, de forma excepcional, se constriñó a los acreedores a recibir en pago, en lugar del dinero que les era debido, inmuebles de sus deudores, y si no los tenían, se los constreñía a recibir crédito del erario público, con garantía de tablillas, para pagar a los acreedores, tal como explica Tito Livio<sup>10</sup>; similar situación ocurrió en el año 49 a. C., cuando Julio Cesar y su cónsul colega, debido a la escasez de liquidez, sometieron a los deudores, con la intervención de jueces árbitros, a dar inmuebles en pago en lugar de dinero a sus acreedores, previa tasación de los mismos en el precio que tenían antes de las guerras a consecuencia de la invasión de los galos<sup>11</sup>.

8 Saccoccio (2008:269) indica que este antecedente se encontraría específicamente en *Responsa I, Venetiis*, 1629, *Respág.* 3, n. 128 c. 97.

9 Los pocos autores que hacen referencia a este antecedente histórico son Biondi, citado por Iglesias (1965: 487, n. 23) y Felgentrager (1933: 13 y ss). y señala, sin precisar ninguna fuente histórica o jurídica, que la *datio in solutum necessaria* tedría algún precedente histórico en algún *rescripto* clásico.

10 Tito Livio dice textualmente: "De hecho, las deudas estaban atrasadas debido más a la dejadez de los deudores que a la real falta de dinero, (sin embargo) el erario pagó en dinero contante, previa imposición de una garantía, a través de los bancos puestos expresamente en el foro, o bien extinguía (las deudas atrasadas) con bienes valuados a precios justos. El resultado de la operación fue que una gran cantidad de las deudas fue cancelada, no sólo sin cometer injusticias, sino permitiendo también evitar reclamaciones entre las partes de la causa." *Hist.* 7.20 3, 7. 21. 5-8, 7.20 1-9 y 7.21 8. (traducción propia)

11 Las fuentes históricas son: *Commentarii De bello civili* 3.1 (Escrito por el propio Julio César) y Svetonio de Vitas Caesarum, en Divus Iulius 42.3. Esta disposición transitoria emitida por los dos últimos cónsules romanos ha sido estudiada por historiadores y juristas, con el objeto de definir su naturaleza jurídica. Nardi (1970:71) considera que

Finalmente, el instituto fue bien definido y aceptado como un *beneficium* en el año 535 de nuestra era, por el emperador Justiniano, a consecuencia de la deflación de la época y distintas carencias<sup>12</sup>, en la Nov. 4.3, que favorecía a todos los deudores, y la Nov. 120.6.2, que hacía lo propio con las instituciones benéficas, o con *pia causae*.

Ambas novelas, cuyo número de designación varía de acuerdo a la colección de las *Novellae* que se revise<sup>13</sup>, prevén el instituto de la *datio in solutum necessaria* como consecuencia de la ejecución forzosa de una obligación. En ambos casos, el *aliud pro alio* ocurre con los inmuebles del deudor moroso, que no pueden ser vendidos en varias subastas públicas, por lo que terminan siendo adjudicados por el acreedor en lugar del pago, ya sea a pedido suyo o del deudor. Lo que demuestra que el instituto se refiere, desde sus orígenes, a la forma como debía proceder un juez.

### 3. La *datio in solutum necessaria* en el Derecho intermedio

Aunque el instituto del cual nos ocupamos fue perdiendo vigor en la Antigüedad tardía, fue redescubierto durante la Baja Edad Media. En efecto, a

---

esta disposición no sólo sería un antecedente, sino “un primo caso è legato a una determinazione di Cesare del 48 a. C. (...) Un secondo caso si trae da due Novelle di Giustiniano...”. En el mismo sentido se pronuncia Guarino (1997:829), al decir que “Il diritto postclassico ammise, in considerazione della difficile situazione economica dei tempi, anche qualche caso di prestazione sostitutiva ‘necessaria’ ‘datio in solutum necessaria’...”; Russo Ruggeri (2001: 131 y ss) pretende demostrar la hipótesis de que la disposición de Julio César es un antecedente de la *cessio bonorum*, apartándose de la doctrina dominante, que advierte en ella un antecedente de la *datio in solutum necessaria*. Saccoccio (2008: 272), aunque no niega que sea un antecedente histórico de la *datio in solutum necessaria*, advierte que la obra de Julio César y el fragmento de Suetonio no mencionan la palabra pago, por lo que se trataría de una transferencia forzosa de los inmuebles de los deudores a los acreedores.

12 Cuando Justiniano llegó al trono reinaban en todo el Imperio la sedición y la anarquía, la miseria assolaba el país, en especial en las provincias; después de la sedición de Niká se ejecutaron numerosas confiscaciones; sucedieron frecuentes carestías, epidemias y temblores de tierra; existía una profunda deflación que obligó a Justiniano a emitir moneda depreciada. A esto hay que añadir que durante su imperio, para sostener las grandes empresas militares, se crearon nuevos impuestos, que llegaron a superar la capacidad de pago de la población. La época más aplastante fue durante la lucha contra los ostrogodos, que duró, con algunas interrupciones, desde el año 535 al 554.

Falto de dinero y agobiado por necesidades urgentes, Justiniano, para llenar las cajas del Estado, aumentaba constantemente los impuestos. Su política, aparentemente, consistía en crear institutos jurídicos que atenuasen la responsabilidad por las deudas privadas y exigía, al mismo tiempo, que los impuestos sean pagados íntegramente y de buena voluntad en los términos fijados. Parece que estas razones fueron suficientes para que Justiniano emitiera dos constituciones que configuran, sin que exista duda en la doctrina, el instituto de la *datio in solutum necessaria* (Vasilev, 1945:118, 129, 131, 134).

13 Tres son las colecciones privadas más importantes. La primera es la *Epitome Iuliani*, elaborada en el año 555; contiene 122 constituciones y dos más que están duplicadas, que hacen un total de 124; está escrita en latín y fue enviada con la *sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* a Italia. La segunda lleva el nombre de *Authenticum*, y contiene 134 novelas recopiladas en el año 556. Está escrita en griego, y su traducción al latín fue hecha por los glosadores en la magna glosa. Su nombre fue dado precisamente por la escuela boloñesa, pues Irnerio supuso que era la colección oficial enviada por Justiniano a Italia. La tercera fue recopilada durante el Imperio de Tiberio II (578–582), y comprende 168 novelas, de las cuales cuatro son de Justino II, tres de Tiberio II y tres *formae* del prefecto del pretorio; todas las demás son de Justiniano.

partir del año 1100, en la Universidad de Boloña, la Glosa le prestó especial interés, lo que hizo que adquiriera vigencia en prácticamente toda Europa hasta la etapa de la Codificación. Precisamente, las palabras *Authoritas hoc nisi*, con las que empieza la glosa a la Nov. 4.3<sup>14</sup>, aunque poco o nada tienen que ver con el contenido del instituto, sirvieron durante siglos para identificar a la *datio in solutum necessaria*, otorgándole una naturaleza jurídica propia, diferente a la de otros institutos<sup>15</sup>. Esta glosa permitió que se interpretara al instituto en un sentido muy genérico, lo que fue motivo de diferentes estudios y especulaciones<sup>16</sup>.

La *datio in solutum necessaria* fue conocida con el nombre de *beneficium dationis in solutum*<sup>17</sup> y contemporáneamente también se la denomina dación en pago coactiva o legal (Astuti, 1962: 729; Nardi, 1970:70). El instituto, con referencia a la quiebra y los procesos concursales,



A. R. Penck

14 Cfr. Magna Glosa a C. 8.43.16 (*In Auth. de fideiussor. et mandator. § Quod autem. Colla. I. confiti. 4.* [Nov. 4 c 3]), en Accursius (1592).

“Esto, a no ser que el deudor no pueda pagar con dinero o con otra cosa mueble. Porque entonces puede darse en pago la mejor cosa inmueble que tiene el deudor, hecha por el juez escrupulosa estimación de la causa, de suerte que así al deudor le sea lícito dar en pago, como al acreedor pedir la mencionada cosa, debiéndose prestar al acreedor la caución de evicción, que al deudor le sea posible; lo que tiene lugar respecto a toda acción. Mas si el acreedor estuviera dispuesto a presentar un comprador de la cosa, conviene que el deudor venda la cosa para pagar al acreedor, habiéndosele dado caución al acreedor a arbitrio del juez” (García del Corral, 1892: 374)

15 Entre las obras en las que aparece citada como “*hoc nisi...*” están: Comentarios de: Bartolo De Sassoferrato, Baldus Perusinus, *Ad leg. Si quis argentum* 36 num. 6c, C. De donat. (C.8, 53[54], 35 pr.), *In septimum Codicis librum praelectiones*, Lugduni, 1556, fol. 201; Gregorio López Glosa a las partidas de Alfonso X P. 5.14.3, 1555; Iason Maynus, *In secundam Digesti V veteris Patem Commentaria*, Venecia, 1589, en D. 12.1.2.1, fol. 7 num. 9; Decisión del 23 de Septiembre de 1672 del Tribunal de Bordeaux; Unterholzner, K. A. D. *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen I, mit Berücks. der heutigen Anwendung*, cit; *Regie Constituzioni piemontesi de 1723 y 1770*; entre otros

16 Al revisar el *Corpus Iuris Civilis*, los glosadores no advirtieron la existencia de la *datio in solutum*. Interpretaron que cuando el objeto inicialmente debido era una suma de dinero y, en lugar de ésta, el deudor debía una *res* (*rem pro pecunia dare*), para ellos operaba la venta; en cambio, cuando el débito originalmente era una cosa, y en lugar de ésta se daba otra cosa (*rem pro re dare*), operaba la permuta. Ésta es la opinión de Imerio en relación a la acción que debía concederse al acreedor que había recibido *in solutum* un inmueble sin su consentimiento, y hubiese sufrido la evicción del mismo *Codex/Accursii commentariis*, 2445, cit.

17 Los juriconsultos romanos llamaron *beneficium* a un provecho o servicio prestado en virtud de un precepto jurídico, a veces en sentido tan amplio, que el *beneficium* casi se confundía con el *ius*. (C. Th. 8.18.9). Por regla general, el beneficio es una ventaja que no se basa en un precepto del *ius commune*, sino una regla excepcional que se aplica a un grupo limitado de personas, sin ser precisamente *ius singulares*. En las fuentes, el *beneficium* se presenta como una norma contraria al sistema, como excepción motivada por una *utilitas* particular (D.1.3.16, D. 21.1.2 C. 3.33.14 y C. 8.40.27). (Bialostosky de Ch., 1977: 222).

Entre los autores contemporáneos que todavía la denominan está Schupfer (1920:241) y Polacco (1888:90). La mayoría emplea este término respecto a la época en que fue empleado. Esta designación aparece en la doctrina a partir del siglo XV. Confrontar con el autor citado.

aparece en algunos textos comerciales con el nombre de *datio in solutum per iudicem*, resaltando de esta forma la intervención de un juez en los procesos concursales y de quiebra (Rocco, 1917)<sup>18</sup>.

Sin pormenorizar en mayores detalles, y haciendo un salto en el tiempo y el espacio, toca ahora mencionar a las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, de 1258, que tuvieron vigencia en todos los territorios conquistados por los españoles hasta el siglo XIX. Este cuerpo normativo, en su ley de la Part. 5.14.3, párrafo segundo, reconoce que si el deudor no puede pagar aquellas cosas que hubiere prometido, pueda hacerlo entregando otras, con la autorización del juez. Sin embargo, no dice en qué momento procesal podría extinguirse la obligación con un *aliud pro alio*; de hecho, da lugar a muchas confusiones.

Los legisladores bolivianos incurrieron en la misma perspectiva generalizadora, arrastrada desde la glosa, que tras atravesar por el Código Santa Cruz, los procedimientos civiles, se ha mantenido hasta hoy en el Art. 309 del Código Civil.

Su relación con la *datio in solutum necessaria* salta a la vista. De ahí que la glosa de López (1555:98, n.a.) a la Part. 5.14.3 diga que tiene por fuente al *Auth. Hoc. Nisi*, es decir, a la glosa a la Nov. 4.3 de Justiniano.

Cabe anotar que en la partida, a diferencia del *Auth. Hoc. Nisi*, el *aliud pro alio* no sólo abarca a los inmuebles, sino también a los muebles de mediana calidad (no los mejores). Señala López que este remedio, por su naturaleza de orden público, no puede ser renunciado por el deudor ni por el acreedor.

Antes de ingresar a la leyes que autorizaron la *datio in solutum necessaria* en Bolivia, no está demás mencionar que el instituto fue bien recibido por el *usus modernum pandectarum* y ampliamente discutido hasta la entrada en vigencia del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*); formó parte de la tradición jurídica germánica con una precisión más exquisita que en las partidas españolas, a partir de la puesta en vigencia del *Recessus Imperii*, donde aparece con la denominación de *beneficium dationis in solutum*. También encontró cabida en las *Ordenações* portuguesas (Mello Freire, 1856, III, 36), lo que justificará su asimilación en la legislación brasileña del siglo XIX (Carvalho 1899:59-60), las costumbres francesas, particularmente en las de Bretaña y las de Piamonte (Toullier y

18 “La *datio in solutum per iudicem* divenne un mezzo esecutivo generale su tutti i beni del debitore, con affermazione del forte carattere di ufficiosità della procedura, che si ravvisa nelle parole: “il magistrato non solo dà di piglio al patrimonio del debitore, ma lo distribuisce egli stesso fra i creditori.” (195). En este mismo sentido, ver Rodríguez y Rodríguez (2005:290).

Douvergier, 1812) y en casi todos los estatutos italianos<sup>19</sup>. Con lo que se puede afirmar que el instituto estuvo vigente en casi toda Europa, hasta antes que fuera aprobado el *Code civil des français*.

## 4. La legislación civil boliviana

El Código Civil Santa Cruz, de 1831<sup>20</sup>, siguiendo la línea jurisprudencial heredada de la Colonia y recogida por el “Cuadernillo de Gutiérrez”<sup>21</sup>, prevé en su Art. 838 (827) un tipo de *datio in solutum necessaria* muy similar al que aparece en el Art. 309 del Código Civil actual, al disponer 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, mediando la autoridad del juez”. La doctrina boliviana que analizó esta norma, si bien advirtió la influencia de la partida de Alfonso el Sabio antes indicada, no reconoció el instituto contenido en ella; en efecto, ni siquiera lo llamó por su nombre (Canedo, 1898: 383; Terrazas, 1885:142; Siles, 1910:340).

Como es bien sabido, el Código Civil Santa Cruz, que estuvo vigente entre 1831 y 1975, fue suspendido por un año, desde noviembre de 1845 hasta noviembre de 1846, período en el que rigió un nuevo cuerpo de leyes. Se trató del así llamado Código Ballivián, elaborado a pedido del presidente Ballivián por la Corte Suprema de la Nación<sup>22</sup>. Este código, mucho más rígido con los deudores que su predecesor, no contiene norma alguna que autorice la *datio in solutum*, sea voluntaria o necesaria.

19 Entre los estatutos que no contemplan la *datio in solutum necessaria* se encuentra el estatuto de Novara de 1277, el estatuto de Arezzo de 1327, el de Cremona de 1578 y el de Trieste. Merecen especial renombre en la doctrina italiana que ha estudiado a la *datio in solutum necessaria* en los estatutos, de Luca (1838, n. 530, 261); Schupfer (1920:241) y Polacco (1888:40-90).

20 Por Ley de la República de 18 de julio de 1831 se dispuso que el Código Civil sustantivo lleve la denominación de Santa Cruz, nombre del presidente que lo promulgó. Este hecho conllevó muchas críticas, así que, por Ley de 27 de agosto de 1839, se ordenó que en adelante se llamará simplemente Código Civil boliviano.

21 La obra titulada “Instrucción y orden de suscribir y seguir los juicios correspondientes según el estilo y práctica de esta Real Audiencia de La Plata”, más conocida como “Cuadernillo de Gutiérrez”, en honor a su autor, Francisco Gutiérrez de Escobar, es un manuscrito de 1782 que no sólo tuvo valor doctrinal, sino que fuente directa del Derecho procesal en los tribunales de los territorios que hoy conforman Argentina, Bolivia, Chile y Perú. Como advierten varios autores, con el correr de los años el “Cuadernillo” sirvió de norma a los abogados y jueces, pues contiene un breve compendio de leyes desembarazado de dudas, argumentos y otras disgregaciones tanto de las leyes de Castilla como de Indias, ordenanzas reales, cédulas modernas, autos acordados de la Real Audiencia de Charcas y el criterio de distintas autoridades doctrinales.

22 Sobre este antecedente histórico, ver Romero Linares (1965:68-69). No se conocen, en el orden doctrinal y legal, las razones y motivos argüidos para realizar enmiendas tan tempranas a la legislación vigente entonces. Lo que sí se conoce, por la prensa de la época, son las acusaciones infamantes contra el Mariscal Andrés de Santa Cruz. Se habla del “desparpajo y atrevimiento del tirano que impuso su nombre a la codificación”, y la cantaleta que se repetirá por más de un siglo: “los códigos son copia servil de la codificación francesa.” (Jordán, 1998:200)

Terrazas explica que el Art. 838 del Código Santa Cruz fue reemplazado por el Art. 1246 del Código Ballivián<sup>23</sup>, con base en la redacción del Art. 1244 del Código Civil francés; norma que en realidad se refiere al plazo de gracia (Terrazas, 1885:142).

Ya en el siglo XX, el anteproyecto del Código civil preparado por Ossorio y Gallardo en 1943 también recoge el instituto, al igual que los conocidos como los Códigos Banzer.

Morales Guillén (1982), siguiendo la línea adoptada por Terrazas y Canedo, señala que el Art. 309 del Código Civil tiene por fuente a la Part. 5.14.3. Para él, que ciertamente desconoce las contradicciones que genera la *datio in solutum necessaria* con el sistema del Derecho de obligaciones boliviano, se trata de una regla de equidad que salva el derecho del acreedor contemplando la situación del deudor (371-372).



A. R. Penck

En la actualidad, Luna (2009) analiza esta norma sobre la base de los principios que reconocen la *datio in solutum* en sus dos especies, al decir que “el deudor no se libera con una prestación diversa de la debida aun cuando ella tenga mayor valor, salvo que el acreedor consienta en ello o lo ordene así el juez, conforme a lo dispuesto por el Art. 309” (77)

Sobre la base de este criterio, Carrillo (2008) sostiene que el Art.

309 del Código Civil constituye ineludiblemente un caso de dación en pago necesaria, pues es una forma de pago prevista por la ley y ordenada por el juez a pedido de parte, sin que el acreedor pueda negarse a recibir este pago por equivalencia (170).

23 El Art. 1246 dice: “Los jueces pueden, en consideración á las circunstancias del deudor, conceder bajo de fianza para el pago, un plazo moderado que no pase de seis meses y por una sola vez en todas las instancias del juicio sobreseyendo en la ejecución y dejando las cosas en el estado del sobreseimiento.”

## 5. La *datio in solutum necessaria* en el Derecho adjetivo

Todas las normas que contemplan a la *datio in solutum necessaria* autorizan al juez a ordenar al deudor a dar lo que no estaba previsto en la relación obligatoria y, excepcionalmente al acreedor, a recibir ese *aliud pro alio*. Sin embargo, este remedio procesal no es exclusivo de las pocas legislaciones que autorizan al instituto objeto de este Art., porque la ejecución de una sentencia no es un acto convencional, sino precisamente lo contrario, un acto coactivo dispuesto por el juez (Villafuerte, 2013:155 y 288).

Vistas las cosas así, como reconocen los italianos Polacco (1888:82) y Rocco (1917:195), la ejecución forzosa engendra siempre una *datio in solutum necessaria* pasiva, porque los bienes del deudor son puestos a la venta, sin su consentimiento, para pagar al acreedor con el dinero obtenido por la subasta de los mismos. Por otro lado, el sistema de la ejecución real de las obligaciones, vigente en la mayoría de los códigos adjetivos del mundo entero, evita que el deudor reciba la cosa que le es debida, y que en su lugar se le entregue la suma de dinero equivalente a la prestación originalmente debida.

Por lo expuesto, queda demostrado que, si bien *datio in solutum necessaria* en el derecho sustantivo es incompatible con el derecho de contratos y las características que configuran al cumplimiento, no lo es con el ordenamiento procesal. Vale la pena recordar que hasta antes de la codificación del Derecho civil regía en gran medida el Derecho romano, reglamentado por las leyes, jurisprudencia y costumbres de las diferentes regiones de Europa y de América Latina. Siguiendo la tradición romanista, hasta el momento de la codificación en Francia, se consideraba indispensable reunir tanto al Derecho adjetivo como al sustantivo en un solo cuerpo, pues uno validaba al otro. De hecho, para el Derecho romano, más importancia tenía el derecho procesal que el sustancial<sup>24</sup>.

Sin embargo, un procedimiento sin un Derecho que esté tutelado por una norma material no tiene razón de ser. ¿Cómo podría un juez extinguir una obligación a favor de un acreedor o de un deudor, si la norma sustantiva no lo permite? En consecuencia, como sucede en la legislación boliviana, en el Código Civil de Letonia, en el Fuero de Navarra, de 1973, y en el Código Civil uruguayo, su autorización aparece discretamente camuflada en la legislación sustantiva, pero impúdicamente desnuda en las disposiciones procesales refe-

24 Sobre esta afirmación, ver Marrone (1994:61).

rentes a la ejecución forzosa, como una consecuencia natural de la dificultad o imposibilidad de obtener dinero por el remate de los bienes embargados del deudor moroso.

## 6. La *datio in solutum necessaria* en el Derecho adjetivo boliviano

El Código de procedimiento civil boliviano, a diferencia de otros<sup>25</sup>, prevé un sistema especial para la ejecución forzosa de entrega de cosas determinadas, así como también para el cumplimiento forzoso de prestaciones de hacer y de no hacer, tendiente a lograr el cumplimiento específico (*no un aliud pro alio*) de lo que es debido, más el resarcimiento de daños y perjuicios. Así está previsto en los Arts. 520, 521 y 522 del Código de procedimiento civil, modificados por los Arts. 33 y 34 de la Ley N° 1760<sup>26</sup>.

25 El sistema de *mise a prix* previsto en el Código de procedimiento civil francés obliga al acreedor a señalar el precio mínimo de los bienes del deudor a ser subastados y, para el caso que no fuesen adjudicados por ningún comprador en la subasta pública, el acreedor no puede refutar adjudicarse esos bienes del deudor, lo que ciertamente constituye una *datio in solutum necessaria*. Todas las demás legislaciones procesales civiles europeas revisadas permiten al acreedor solicitar infinita cantidad de remates, sin que el deudor pueda constreñirlo a recibir los bienes subastados en pago y permitiéndole la posibilidad de adjudicárselos si lo acepta por conveniente. Entre estos códigos está la ley de enjuiciamiento civil, de 1855, el Procedimiento civil albertino, el Zivilprozessordnung (ZPO) y el procedimiento civil italiano, de 1942.

26 Art. 33. Sustitúyese el Art. 521 por el siguiente:

"I. Tratándose de obligaciones de hacer, si el ejecutado no las cumpliere en el plazo señalado por el juez, el ejecutante las realizará por sí o a costa de aquél, en cuyo caso el ejecutado deberá restituir los gastos en que haya incurrido el ejecutante en el plazo de diez días. Vencido el mismo, sin que se hubieren cubierto los gastos, el ejecutante podrá recaer sobre los bienes del deudor.

También el acreedor, en lugar de la prestación debida, tendrá la opción de pedir el cumplimiento por equivalente de daños y perjuicios liquidables en la vía incidental.

II. Si se tratare de obligación no susceptible de cumplimiento por tercero, a pedido de parte podrá perseguirse su cumplimiento en especie, conminándose al ejecutado para que la haga efectiva en el término de diez días. Si no lo hiciere, el ejecutado quedará reatado al pago de los daños y perjuicios emergentes, que se liquidarán por la vía incidental.

III. Si el condenado al otorgamiento de escritura pública de transferencia de un derecho y en su caso a efectuar la entrega de la cosa no cumpliere con la obligación en el plazo de diez días, el juez subsidiariamente otorgará la escritura, y si así corresponde, dispondrá se efectúe la entrega en la forma establecida por el parágrafo II del Art. anterior.

IV. En todos los casos anteriormente previstos, los gastos que se causaren al acreedor serán liquidados por vía incidental y su cobro, luego de aprobada la liquidación, se realizará de acuerdo a lo establecido en el Art. 520 parágrafo I."

Art. 522.- (Obligaciones de no hacer).

Si la sentencia condenare a no hacer una cosa y el obligado la quebrantare, el acreedor tendrá opción a pedir se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuere posible, a costa del deudor, o se indemnicen los daños y perjuicios conforme al Art. precedente.

Art. 35.- (Obligaciones de no hacer)

Incorpóranse los párrafos II y III al Art. 522, quedando el contenido de dicho Art. como parágrafo I:

"II. Para asegurar el cumplimiento de las sentencias, el juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá aplicar las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas a que se refiere el Art. 184.

III. Estas sanciones pecuniarias serán igualmente aplicadas en caso de incumplimiento de las obligaciones de dar y hacer."

No obstante de ello, de acuerdo a la antigua redacción del Art. 542 del Código de procedimiento civil boliviano, hasta antes de la Ley N° 2297, de 20 de diciembre de 2001, se obligaba tácitamente al acreedor, tras declararse desiertas tres subastas públicas, a adjudicarse los bienes subastados del deudor en lugar de lo que le era originalmente debido. Esto indudablemente constituía una forma de *datio in solutum necessaria*, que dicho sea de paso, se asemeja a la solución dada por algunos de los estatutos italianos vigentes durante la Edad Media<sup>27</sup>.

El origen procesal de la *datio in solutum necessaria* en el Derecho civil boliviano está íntimamente relacionado con el “Cuadernillo de Gutiérrez”, elaborado en Sucre por el profesor Francisco Gutiérrez de Escobar (ver nota al pie N° 21). Esta obra, que en realidad es un pequeño resumen que dista mucho de ser un verdadero tratado, está escrita en un lenguaje sencillo y fue copiada a pulso por varios estudiantes; sólo décadas después fue puesta en práctica por las autoridades judiciales, con lo que alcanzó a tener no sólo valor doctrinal, sino también legal, convirtiéndose en fuente directa del Derecho procesal en los tribunales de los territorios que hoy pertenecen a Bolivia, Argentina, Perú y Chile, hasta 1823<sup>28</sup>.

El “Cuadernillo”, escrito en pocas páginas, trata de evitar las contradicciones y dilaciones innecesarias propias de las Partidas españolas, y se refiere exclusivamente a muchos de los procedimientos reconocidos por el sistema procesal boliviano contemporáneo, entre otros el de la ejecución de las sentencias sobre el patrimonio del deudor. Tomando como fuente a la Nov. 4.3, a la Part. 5.14.3 y a la obra canónica de un tal Nicolás Rodríguez Fermosino, autoriza al acreedor adjudicarse los mejores bienes de su deudor en lugar del pago (de acuerdo al precio avaluado), o, si prefería, a tomarlos en prenda pretoria<sup>29</sup>, y, alternativamente, al deudor a constreñir a su acreedor a recibirlos cuando las subastas de los bienes embargados eran varias veces declaradas desiertas. Textualmente

27 Los estatutos solamente permitían a los acreedores adjudicarse inmuebles cuando el deudor no tenía bienes muebles y fuese insolvente (Polacco, 1888:76). Con más puntualidad, Schupfer afirma que los estatutos, en su mayoría, protegían al deudor que no contaba con dinero, ni con los bienes muebles suficientes para satisfacer a su acreedor en la vía ejecutiva, en cuyo caso los inmuebles que no se lograban vender, eran empleados para pagar a su acreedor (Schupfer, 1920-1921:241). Según Polacco, algunos estatutos permitían que el acreedor se adjudique los bienes del deudor en un precio menor al real, para de alguna forma de compensar al acreedor, pues había sido sometido a una dación forzosa, contraria a su voluntad (75). Los estatutos que permiten que el acreedor se adjudique los bienes del deudor en un precio menor al real son los de Torino, Genova, Val Siccida, Sassari, Mondovi, Civena y Limonta.

28 Como el mismo Gutiérrez reconoce en el proemio del “Cuadernillo”, esta obra fue concebida por él originalmente para fines de enseñanza práctica de procedimientos judiciales a los estudiantes inscritos en la Academia Carolina de Práctica Forense. La última edición, elaborada por Baptista, hace referencia en su prólogo al valor legal que adquirió.

29 De acuerdo al Diccionario de Escriche, cuya obra está dedicada en parte al Derecho colonial vigente en Latinoamérica, la prenda pretoria es “La alhaja ó finca que se da al acreedor para seguridad y pago de su crédito por autoridad del juez, y con obligación de dar cuenta de sus productos” (Escriche, 1847:1367).

dice en su Parte I, Capítulo III, Título II: "...siendo constante que no ocurriendo postor alguno a los bienes embargados, puede el acreedor tomarlos *in solidum* por el precio de la tasación y aun ser compelido a ello por el mismo reo ejecutado" (Baptista, 2006: 107).

Más adelante, Gutiérrez advierte que, ante la posible negativa del acreedor de adjudicarse los bienes del deudor, se lo podía constreñir a recibir los inmuebles embargados en anticresis, para que se cobre con los frutos que produzcan:

Undécima: No queriendo el acreedor tomar *in solidum* los bienes embargados en el caso de no haber postor alguno a ellos, también puede el deudor apremiarlo a que, a lo menos, los reciba en prenda que llaman *pretoria* para que, con sus réditos, se haga pago de la cantidad adeudada, pues del modo que puede apremiarlo para lo primero es muy conforme que esta disposición se entienda para lo segundo (Baptista, 2006: 114).

El párrafo décimo<sup>30</sup>, referido a los bienes de la Iglesia u otro privilegiado, y el onceavo, que permite la prenda pretoria, o lo que es lo mismo, la anticresis judicial para que el acreedor se pague con los frutos que él o los inmuebles produzcan, se asemejan mucho a la Nov. 120.6.2 de Justiniano.

La prenda pretoria, que no fue adoptada por las legislaciones procesales europeas, fue recogida por el Código de procedimientos boliviano de 1823, el cual fue elevado a rango de ley en 1851 y estuvo vigente hasta 1878, cuando se aprobó la compilación de leyes de procedimiento<sup>31</sup>. Al parecer, a consecuencia de la falta de liquidez que caracterizó al siglo XIX en Bolivia, y también al siglo XX, las subastas públicas de los bienes del deudor eran declaradas desiertas con mucha frecuencia, por lo que la prenda pretoria era aplicada con regular frecuencia.

30 Décima: Siendo los bienes ejecutados de menor verbigracia u otro privilegiado [iglesia] y ocurriendo después nuevo postor a ellos con manifiesta utilidad de aquellos cuyo juicio queda a arbitrio del juez por el beneficio de la restitución que gozan, se ha de admitir la segunda puja P. 6.19.5, y se ha de dar traslado de ella al primero en quien se remataron los bienes subastados para que, si mediante el derecho que tiene, los quiere tomar por el tanto de la última puja la formalice dentro de un breve término que se le asignará en apercibimiento que, de no ejecutarlo en él, se admitirá y devolverá los bienes a la almoneda, como en efecto así deberá hacerse si no lo verificase.

31 En cuanto a la prenda pretoria, es menester señalar que ella forma parte de la *datio in solutum necessaria* en la novela 120.6.2 de Justiniano y en el Recessus Imperi. Por eso cabe citar las dos normas del antiguo código de procedimientos que la regulan:

Art. 491. Si hecha la tasación de la finca embargada i puesta en pública subasta no hubiese postor a ella, ni el acreedor quisiese tomarla por las tres cuartas partes de su valor, el juez, a sola petición del ejecutado, rebajará la décima parte de su valor total i se sacará nueva. Si hecha esta primera rebaja tampoco hubiese postor, el juez podrá continuar haciendo las rebajas sucesivas de otras dos décimas partes, bajo cuyas bases se repetirá la subasta.

Art. 492.- Si rebajado el valor de las tres décimas partes no hubiere quien haga postura, ni el acreedor quisiera recibir por las tres cuartas partes de su última base, se le entregará en prenda pretoria, hasta la total solución de la deuda, sin perjuicio de procederse a la subasta en caso de haber postor que ofrezca las tres cuartas partes de la última base.

La prenda pretoria era una anticresis judicial sobre los inmuebles del deudor. Esta medida en la práctica no favorecía al acreedor ni al deudor, pues en el mejor de los casos permitía que el primero se quedara en posesión indefinida del inmueble, cobrando con los frutos civiles y naturales las costas judiciales y los intereses que la deuda producía, sin llegar a afectar al capital. En criterio de los abogados y jueces, esto fue motivo de un gran vacío jurídico, que fue resuelto por la Corte Suprema, con base en el Art. 838 del Código Civil Santa Cruz.

## 7. El carácter adjetivo del Art. 309 del Código Civil

Pese a que la doctrina no advirtió el carácter procesal del Art. 838 del Código Civil Santa Cruz, ni el instituto al que correspondía, a principios del siglo XX la Corte Suprema aplicó esta norma en el sentido previsto por Justiniano en la Nov. 4.3, y no con el carácter generalizador de la Part. 5.14.3. Así, interpretó que los inmuebles que no podían ser rematados en varias subastas, a pedido del acreedor, no les sean entregados en anticrético, sino que se los den en lugar del pago, sin que el deudor pueda refutar esta solución. Con este acto judicial, la obligación quedaba extinta de acuerdo al precio avaluado del inmueble, y si existía un *superfluum* (lo que sobra en la cantidad pagada de un remate) éste debía ser pagado por el acreedor al deudor (Siles, 1910: 340; G. J. 581, p. 4 y G. J. 807, p. 28).

Esta interpretación jurisprudencial denota la concordancia que existe entre el Art. 309 del Código Civil actual con el antiguo Art. 542 del Código de procedimiento civil y el 1465 del Código Civil. En efecto, el mencionado Art. 542 muestra cómo el juez puede alterar el contenido de la obligación, por lo que fue motivo de innumerables fallos constitucionales y supremos, los cuales no mencionan en absoluto al instituto de la *datio in solutum necessaria*. La mayoría de esos fallos se deben a quejas de los deudores, que buscan declarar la nulidad de las subastas para recuperar los bienes rematados que sus acreedores se han adjudicado.

Hay que advertir que, en aplicación del Art. 309, después de haberse realizado el tercer remate previsto por el Art. 542, si bien el acreedor podría continuar insistiendo en que se lleven a cabo más remates, el deudor que **no deseara** que los intereses se siguieran acumulando, para frenar el acoso que conlleva la ejecución forzosa, puede compeler a su acreedor a recibir en pago aquellos bienes suyos embargados que no pudieron ser rematados. Esto probablemente

no sucedió nunca, pero es lo que en realidad establece el instituto de la *datio in solutum necessaria*. Y así es como está siendo solicitada su aplicación por los deudores en Navarra, España, ante la crisis financiera que se atraviesa.

A todo esto hay que añadir que el instituto de la dación en pago necesaria no sólo está establecido en los Arts. 309 del Código Civil y 542 del Código de procedimiento civil, sino también en el Art. 1465 del Código Civil, cuyo carácter también es adjetivo y dice:

Art. 1465.- (Principio). El acreedor puede ocurrir ante la autoridad judicial para que disponga la ejecución forzosa de la obligación por el deudor, *ya mediante el cumplimiento de la prestación misma o ya por equivalente con el embargo y venta forzosa de los bienes*.

## 8. Naturaleza jurídica de la *datio in solutum necessaria*

En cuanto a la naturaleza jurídica del Art. 309, por el origen histórico descrito y por la imposición que conlleva para los sujetos de la relación obligatoria, contempla el instituto de la *datio in solutum necessaria*. Aunque ha sido designado por el legislador con el *nomen iuris* de “Cumplimiento diferente o con prestación diferente”, no es una especie de pago; como tampoco la *datio in solutum necessaria* es una especie de *solutio*.

La *solutio*, como es bien sabido, es un acto convencional, íntegro y cabal. El instituto contenido en el Art. 309 es precisamente lo contrario, puesto que no constituye la realización de la prestación originalmente debida, y porque afecta lo que se considera como el elemento nuclear de la *solutio*, o sea, la aceptación en la ejecución de una prestación que sea precisamente la conducta prevista en la génesis de la obligación, y no otra, por muy similar que sea, o muy ventajosa que pueda resultar para el acreedor o el deudor. Por tanto, aunque el instituto está emparentado con la *datio in solutum* voluntaria, desde el punto de vista objetivo no puede ser considerado una subespecie del cumplimiento ni del pago, porque carece de los presupuestos de Derecho que lo configuran<sup>32</sup>.

32 El instituto, objeto de esta tesis, es conocido con el nombre de *datio in solutum necessaria*, designación que es incorrecta como hacen notar Bonini, Nardi y Saccoccio, que se refieren al instituto como la c. d. DIN. Si bien la venta forzosa que conlleva la subasta pública de los bienes del deudor existe siempre, no puede decirse que una *datio*, entendida en sentido técnico, constituya una *solutio*. La *solutio* es un acto convencional, puntual, íntegro y cabal, la *datio in solutum necessaria* es precisamente lo contrario, porque no constituye la realización de la prestación originalmente debida y no es aceptada ni por el deudor, ni por el acreedor. Representa un resultado no deseado por las partes, pero que por circunstancias de orden procesal no pueden rechazar.

La *datio in solutum necessaria*, reglamentada lacónicamente por el Art. 309, no debe ser confundida con la *perpetuatio obligationis*. Este instituto se refiere al caso en que la obligación se ha tornado imposible, cuando el deudor ya estaba constituido en mora, o, no estándolo, la imposibilidad le es imputable, o simplemente porque las partes han excluido el caso fortuito y la fuerza mayor contractualmente. En este caso, el deudor sólo se libera si resarce los daños y perjuicios.

Sin embargo, el instituto se vale de una ficción en la que la obligación aparentemente no ha desaparecido, para justificar la causa que obliga al deudor a resarcir los daños causados a su acreedor e inclusive darle una cosa equivalente o restituirle el precio de ésta en caso de imposibilidad en el cumplimiento. La ficción esconde la nueva obligación a la que el deudor queda sometido, aún en contra de su voluntad, como si la obligación primigenia no hubiere desaparecido. Obviamente que no ha operado una novación, pues ni el acreedor ni el deudor están de acuerdo en el cambio de objeto, ni tampoco en una *datio in solutum*, aunque sea el juez el que disponga el resarcimiento o el pago por equivalencia.

Tratándose de una ficción jurídica, no se produce un *aliud pro alio*, porque el objeto originalmente debido en realidad ya no existe. Como explica Joaquín Llambías (1982), cuando el deudor incurre en incumplimiento y consiguiente responsabilidad, la *satisfactio* del acreedor no configura dación en pago, sino simplemente pago de la obligación de indemnizar a aquél, es decir, de pago de una nueva obligación (9 nt. 5)

La *datio in solutum necessaria* es un *ius singulare*, porque, de acuerdo a la definición de Paulo en D. 1.3.16, tiene vigencia contra el tenor de la razón del derecho sustancial por una utilidad concreta en virtud de la *auctoritas* del juez que la dispone. Siendo ésta su naturaleza, constituye ineludiblemente un *beneficium*, de ahí que se la conozca también con el nombre de *beneficium dationis in solutum*. Constituye un instituto jurídico con características propias y únicas que lo distinguen de todos los institutos del sistema jurídico romanístico.

*Recibido: Agosto de 2015*  
*Aceptado: Octubre de 2015*

## Referencias

1. Accursius, F. *Codex/Accursii commentariis; nunc recens Iacobi Anelli de Bottis, Augustini Caravitae*. Vol. Tomus quartus, 2445. Venecia, 1592.
2. Astuti, Guido. *Dazione in pagamento*. Vol. XI. En: *Enciclopedia del Diritto*. Milan: Giuffrè, 1962.
3. Baptista, José Luis. *El Cuadernillo de Gutiérrez: Instrucción forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes año 1804*. Sucre: Corte Suprema de la Nación, 2006.
4. Bialostosky de Ch., Sara “El beneficium competentiae.” *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, D. F., 1977.
5. Biondi, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Giuffrè, 1965.
6. Canedo, Rafael. *Código civil boliviano, comentado, concordado y anotado*. Cochabamba: Imprenta del Siglo, segunda edición, 1898.
7. Carrillo Aruquipa, Ramiro. *Lecciones de Derecho civil: obligaciones*. La Paz: Temis, 2008.
8. Carvalho, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*. Río de Janeiro: Alves, 1899.
9. Demolombe, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Cours de Code Napoleon*. Vol. XXVII. Paris: édition A. Durand et L. Hachette et Cie, 1881.
10. Domat, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Nouvelle edition. Vol. Tome premier. Paris: Chez NYON aîné, 1777.
11. Escriche, Joaquin. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Lima, 1847.
12. Estevil, Luis Pascual. *El pago*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S. A., 1986.
13. Felgentrager, Wilhelm. *Antikes Lösungsrecht*. Berlín, 1933.
14. García del Corral, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano - Código (Segunda Parte)*. Editado por Jaime Molinas. Vols. I, II. Barcelona, 1892.
15. ----- *Cuerpo del Derecho Civil Romano - Novelas (Tercera Parte)*. Barcelona: Jaime Molinas, 1898.
16. ----- *Cuerpo del Derecho Civil Romano Instituta - Digesto*. Editado por Jaime Molinas. Vols. I, II y III. 4 vols. Barcelona: Consejo de Ciento N° 287, 1889.
17. Giorgi, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Vol. VII. Florencia: Fratelli Cammelli, 1896.
18. Guarino, Antonio. *Diritto privato romano*. Nápoles: Jovene, 1997.
19. Iglesias, Juan. *Derecho romano*. Madrid: Sello Editorial, 1965.
20. Ihering, Rudolf. *La lucha por el Derecho*. Puebla: Cajica, 1952.
21. Jordán, Augusto. *Un código civil perdido en los Andes*: La Paz: Fundación Hans Seidel, 1998.
22. Krüger, Paul and Theodor Mommsen. *Corpus Iuris Civilis, I: Institutiones et Digesta*. Vol. I. Berlín: Weidmann, 1872.
23. Ledesma, José de Jesús. “La dación en pago. Del derecho romano al derecho actual.” *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (SEI S. A.), N° 9 (1977), 418.
24. Livio, Tito. *Livy in fourteen volumes with an english translation*. Traducido por Ph. D. B. O. Foster. Vol. III. XXIV vols. Londres: London William Heinemann Ltda., 1984.
25. Llambías, Jorge. *Tratado de Derecho civil*. Vol. III, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1982.

26. López, Gregorio. *Las siete partidas de Don Alfonso el Sabio*. Vol. III, Salamanca, 1555.
27. López, Gregorio, Ignacio Sanpots, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana. *Las siete partidas del Sabio Rey Don Alfonso IX con la glosa de Gregorio López vertida al castellano y adicionada*. Traducido por Ignacio Sanpots, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana. Vol. III. Imprenta de Alfonso Bergnes y Cía., 1843.
28. Luca, Alfredo de. *Trattato delle obbligazioni*. Trad. It. (Livorno, Vignozzi, 1838), n. 530, 261.
29. Luna Yañez, Alberto. *Obligaciones curso de Derecho civil*. La Paz: Temis, sexta edición, 2009.
30. Marrone, M. *Istituzioni di Diritto Romano*. Palermo, 1994.
31. Mello Freire de, P. J. *Curso de Direito civil portugues ou comentário as instituições*. An.do por A. Ribeiro de Liz Teixeira. Lisboa, 1856.
32. Morales, Carlos. *Código civil concordado y anotado*. La Paz: Editorial Gisbert y Cia S.A., 1982.
33. Nardi, Enzo. *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffrè, 1986.
34. ----- “Radiografia dell’aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare.” *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, N° 12 Giuffrè, 1970.
35. Planiol, Marcel y George Ripert. *Tratado elemental de Derecho civil. Las obligaciones*. Traducido por Díaz Cruz y Liververand. Vol. XVI. Puebla: Puebla, 1945.
36. Polacco, Vittorio. *Della dazione in Pagamento*. Padova Verona: Drucker & Senigaglia Carlo Drucker, vol. I., 1888.
37. Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1961.
38. Rocco, Alfredo. *Il fallimento: teoria generale e origine storica*. Torino: UTET, 1917.
39. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*. T. II, México: Porrúa, 2005.
40. Romero Linares, Raúl. *Apuntes de Derecho civil boliviano*. La Paz: Los amigos del Libro, 1965.
41. Russo Ruggeri, Carmela. “Diamo a Cesare quel che é di Cesare. Osservazioni sulle cc. dd. leges Iuliae de pecuniis mutuis e de bonis cedendis.” *Iuris vincula. Studi in onore de Mario Talamanca (Jovene) VII (2001)*: 149.
42. Saccoccio, Antonio. “Un provvedimento di Césare del 49 a. c. in materia di debiti.” En: Sebastiano Tafaro, *L’usura iere ed oggi*, 101-175. Bari: Cacucci Editore, 1997.
43. ----- “La c. d. datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico.” *Roma e America Diritto Romano Comune (Mucchi Editore)*, N° 14, 2002.
44. ----- “*Aliud pro alio in solutum dare consentiente creditore in solutum dare*.” Milán: Giuffrè, 2008.
45. Schupfer, Francesco. *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell’età del Risorgimento*. Vol. I. 3 volúmenes. Torino: Fratelli Bocca, 1920-1921.
46. Siles, Hernando. *Código civil boliviano concordado*. Volumen I. Santiago: Lourdes Prat, 1910.
47. Terrazas, M. *Código civil boliviano, explicado y concordado*. Sucre, 1885.
48. Toullier, C. B. M. y J. B. Douvergier. *Le droit civil français suivant l’ordre du Code*. Paris, s. d. vol. IV, 6° ediz., 47 nt. 1, 1812.
49. Vasilev, A. *Historia del Imperio Bizantino*. Barcelona, T. 1, 1945.
50. Villafuerte, Fernando. *La datio in solutum necessaria*. La Paz, Amazon, 2013.



Pepe Asbun: "Transfiguración"